Rättsfallssamlingen

TRIBUNALENS DOM (tredje avdelningen i utökad sammansättning)

15 november 2018 *

”Statligt stöd – Kapacitetsmarknad i Förenade kungariket – Stödsystem – Artikel 108.2 och 108.3 FEUF – Begreppet tveksamhet i den mening som avses i artikel 4.3 och 4.4 i förordning (EG) nr 659/1999 – Riktlinjerna för statligt stöd till miljöskydd och energi för 2014/2020 – Beslut att inte göra invändningar – Det formella granskningsförfarandet har inte inletts – De berörda parternas processuella rättigheter”

I mål T-793/14,

Tempus Energy Ltd, Worcester (Förenade kungariket),

Tempus Energy Technology Ltd, Cheltenham (Förenade kungariket),

inledningsvis företrädda av J. Derenne, J. Blockx, C. Ziegler och M. Kinsella, därefter av Derenne, Blockx och Ziegler och slutligen av Derenne och Ziegler, advokater,

sökande,

mot

Europeiska kommissionen, företrädd av É. Gippini Fournier, R. Sauer, K. Herrmann och P. Němečková, i egenskap av ombud,

svarande,

med stöd av

Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland, inledningsvis företrädda av C. Brodie och L. Christie, båda i egenskap av ombud, biträdda av G. Facenna, QC, därefter av S. Simmons, M. Holt, C. Brodie, och S. Brandon, i egenskap av ombud, biträdda av G. Facenna, QC, därefter av M. Holt, C. Brodie, S. Brandon och D. Robertson, i egenskap av ombud, biträdda av G. Facenna, QC, och slutligen av S. Brandon, i egenskap av ombud,

intervenient,

angående en talan enligt artikel 263 FEUF med yrkande om ogiltigförklaring av kommissionens beslut C(2014) 5083 final av den 23 juli 2014 om att inte göra några invändningar mot stödsystemet avseende kapacitetsmarknaden i Förenade kungariket, med anledning av att nämnda system är förenligt med den inre marknaden, enligt artikel 107.3 c FEUF (statligt stöd 2014/N-2) (EUT C 348, 2014, s. 5),

meddelar

* Rättegångsspråk: engelska.

TRIBUNALEN (tredje avdelningen i utökad sammansättning),

sammansatt av ordföranden S. Frimodt Nielsen, samt domarna V. Kreuschitz, I. S. Forrester, N. Półtorak (referent) och E. Perillo,

justitiesekreterare: handläggaren P. Cullen,

efter den skriftliga delen av förfarandet och förhandlingen den 11 juli 2017,

följande

Dom

I. Bakgrund till tvisten

A. Sökandena och föremålet för tvisten

1 Sökandena, Tempus Energy Ltd, efterträdare till Alectrona Grid Services Ltd och Tempus Energy Technology Ltd (nedan tillsammans kallade Tempus), saluför en teknik för styrning av elförbrukning, även kallad ”efterfrågestyrning”, hos privatpersoner och näringsidkare och har licens för elleverans i Förenade kungariket.

2 Syftet med den tjänst som Tempus tillhandahåller sina kunder ät att sänka kostnaderna i elförsörjningskedjan genom att kombinera tekniken för efterfrågestyrning med de tjänster som tillhandahålls av en elleverantör. Tempus säljer elektricitet och hjälper sina kunder att förlägga den del av elförbrukningen som inte omfattas av tidsrestriktioner till de perioder där grossistpriserna är låga, antingen på grund av att efterfrågan är låg, eller på grund av att det finns ett överskott av el från förnybara energikällor och denna därmed är billigare.

3 Av handlingarna i målet framgår att operatörer på efterfrågesidan i allmänhet ingår avtal med elförbrukare som vanligen är kunder inom industri och handel, eller små och medelstora företag, i vilka det föreskrivs att kunden samtycker till att vara flexibel vad gäller elförbrukningen under en viss period. Operatören på efterfrågesidan ska beräkna den totala tillgängliga kapaciteten vid en viss tidpunkt hos alla de kunder som är flexibla och kan därefter erbjuda denna kapacitet till elnätsoperatören, i förevarande fall National Grid, i utbyte mot betalning som den överför till den flexibla kunden, samtidigt som den behåller en vinstmarginal åt sig.

4 Tempus har genom sin talan yrkat ogiltigförklaring av kommissionens beslut C(2014) 5083 final av den 23 juli 2014 om att inte göra några invändningar mot stödsystemet avseende kapacitetsmarknaden i Förenade kungariket, med anledning av att nämnda system är förenligt med den inre marknaden, enligt artikel 107.3 c FEUF (statligt stöd 2014/N-2) (EUT C 348, 2014, s. 5, nedan kallat det angripna beslutet).

B. Den omtvistade åtgärden

5 Genom det stödsystem som avses i det angripna beslutet (nedan kallat den omtvistade åtgärden), har Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland upprättat en kapacitetsmarknad som består av centraliserade auktioner för tillhandahållande av den kapacitet som krävs för att säkerställa tillräcklig produktionskapacitet. Det rör sig om ett stödsystem som består av betalning av en ersättning till

leverantörer av elektrisk kapacitet i utbyte mot att dessa åtar sig att leverera el eller att minska eller senarelägga förbrukningen under perioder med hög belastning i elnätet (skäl 4 i det angripna beslutet).

6 Den rättsliga grunden för den omtvistade åtgärden är Förenade kungarikets lag om energi från 2013 (UK Energy Act 2013) och de rättsakter som antagits på grundval av denna, i synnerhet 2014 års förordning om elektrisk kapacitet (Electricity Capacity Regulations Regulations 2014) och 2014 års bestämmelser om kapacitetsmarknaden (Capacity Market Rules 2014).

7 Kapacitetsmarknaden fungerar på följande sätt. Den mängd kapacitet som krävs fastställs på central nivå och ett lämpligt pris för tillhandahållandet av denna mängd bestäms av marknaden genom auktioner, varvid alla berättigade kapacitetsleverantörer konkurrerar med varandra inom ramen för samma auktion (skäl 145 i det angripna beslutet). Den kapacitetsmängd som krävs fastställs av Förenade kungarikets regering särskilt med hänsyn till rekommendationer från elnätsoperatören, National Grid (skäl 11 i det angripna beslutet).

8 När det gäller auktioner innebär den omtvistade åtgärden följande. Varje år auktioneras den kapacitet som krävs ut på de huvudsakliga auktionerna, varvid denna ska levereras fyra år senare (nedan kallade T-4-auktioner). Den kapacitet som auktionerades ut under 2014 ska till exempel levereras 2018/2019, leveransåret sträcker sig från den 1 oktober 2018 till den 30 september 2019 (skäl 43 i det angripna beslutet). En annan auktion anordnas året före huvudauktionernas leveransår (nedan kallade T-1-auktionen).

9 En viss del av kapaciteten kommer systematiskt att undandras från T-4-auktionerna för att ”reserveras” för T-1-auktionen, på grundval av en uppskattning av den ”lönsamma” mängden efterfrågestyrningskapacitet som kan delta i T-1-auktionen och som kommer att offentliggöras när efterfrågekurvan för T-4-auktionen offentliggörs (skäl 45 i det angripna beslutet). Om efterfrågan sjunker mellan T-4-auktionen och T-1-auktionen, kommer mängden kapacitet som auktioneras ut på T-1-auktionen att minskas. I det angripna beslutet anges emellertid att eftersom T-1-auktionen ger operatörerna på efterfrågesidan bättre möjlighet till marknadstillträde, åtar sig Förenade kungarikets regering att auktionera ut minst 50 procent av den kapacitet som ”reserverats” fyra år tidigare på T-1-auktionen. I det angripna beslutet anges även att ett visst spelrum kommer att lämnas för att avskaffa denna garanti om det visar sig att efterfrågestyrning inte är lönsam på lång sikt eller om sektorn för efterfrågestyrning anses vara tillräckligt mogen (skäl 46 i det angripna beslutet). T-4- och T-1-auktionerna utgör ett varaktigt system.

10 Med undantag för samtrafiknät och utländska kapacitetsleverantörer (ett undantag som är tidsbegränsat) tillåts befintliga och nya producenter, operatörer på efterfrågesidan och lagringsleverantörer att delta i varaktiga auktioner (skälen 4 och 149 i det angripna beslutet).

11 Utöver det varaktiga systemet finns dessutom ett övergångssystem. Före leveransåret 2018/2019 planeras ”övergångsauktioner” i vilka i huvudsak operatörer på efterfrågesidan kan delta. Den första övergångsauktionen planerades år 2015, med avseende på leveransperioden som varade från oktober 2016 till september 2017, den andra övergångsauktionen planerades år 2016, varvid leveransperioden sträckte sig från oktober 2017 till september 2018 (skäl 51 i det angripna beslutet).

12 De resurser för produktion och efterfrågestyrning som omfattades av kapacitetsmarknaden kallas för ”Capacity Market Units” (kapacitetsmarknadsenheter). Kapacitetsmarknadsenheterna för produktion kan omfattas individuellt som kapacitetsmarknadsenheter, eller kollektivt, med andra produktionsenheter som är berättigade på vissa villkor. Ett av dessa villkor är bland annat att den totala kapaciteten för alla enheter befinner sig mellan det lägsta tröskelvärdet på 2 megawatt (MW) och 50 MW (skäl 16 i det angripna beslutet).

13 Kapacitetsmarknadsenheterna för efterfrågestyrning definieras på grundval av åtagandet att minska efterfrågan. Denna typ av åtagande förutsätter att operatörerna på efterfrågesidan förmår sin kund att minska importen av el (som mäts med en mätare som registrerar elförbrukningen varje halvtimme) eller att exportera den el som den producerar genom de produktionsenheter som finns på plats. Varje del av en kapacitetsmarknadsenhet för efterfrågestyrning ska vara ansluten till en mätare som registrerar elförbrukningen varje halvtimme och leverantörens totala kapacitet för efterfrågestyrning ska vara mellan 2 MW och 50 MW (skäl 17 i det angripna beslutet).

14 De som ska tillhandahålla stödberättigad kapacitet ska undergå en förkvalificeringsprocess, som utöver upprättandet av en grundläggande administrativ akt, innefattar särskilda krav beroende på om en eventuell deltagare är en befintlig eller potentiell operatör (skäl 26 i det angripna beslutet). För ny produktionskapacitet och kapacitet för efterfrågestyrning som inte har bekräftats (i motsats till kapacitet för efterfrågestyrning som har bekräftats med avseende på vilken den kapacitet som har uppgetts av leverantören har styrkts genom ett test) föreskrivs för övrigt en anbudsgaranti på 5 000 pund sterling (GBP) (cirka 5 650 euro) per MW för T-4- och T-1-auktionerna och 500 GBP (cirka 565 euro) per MWh för övergångsauktionerna.

15 Det åligger elnätsoperatören, National Grid, att anordna auktionerna för att uppnå den kapacitetsnivå som krävs för att säkerställa tillräcklig elkapacitet.

16 Alla auktioner är lägsta bud-auktioner med diskriminerande priser, där alla vinnande anbudsgivare får betalt på grundval av det sista accepterade anbudet. Ett högt pris anges i början av auktionen. Deltagarna lämnar därefter anbud och anger den mängd kapacitet som de är beredda att tillhandahålla till detta pris. Detta förfarande upprepas flera gånger enligt en i förväg fastställd tidsplan fram till dess att det lägsta pris vid vilket efterfrågan motsvarar utbudet (auktionspriset) fastställs. Samtliga vinnande anbudsgivare betalas samma auktionspris (”pay-as-clear” -modellen”) (skäl 49 i det angripna beslutet).

17 Alla kapacitetsleverantörer vars anbud antagits tilldelas således ett kapacitetsavtal till auktionspriset. Löptiden för de kapacitetsavtal med avseende på vilka deltagarna lämnar anbud varierar. De flesta av de befintliga kapacitetsleverantörerna erbjuds avtal med en löptid på ett år. Kapacitetsleverantörer som har kapitalutgifter som överstiger 125 GBP (cirka 141 euro) per kilowatt (kW) (anläggningar som kräver renovering) erbjuds avtal med en löptid på högst tre år. Kapacitetsleverantörer som har kapitalutgifter som överstiger 250 GBP (cirka 282 euro) per kW (nya anläggningar) erbjuds avtal med en löptid på högst 15 år (skäl 57 i det angripna beslutet). Avtal med en löptid som överstiger ett år beviljas endast vid T-4-auktionen. I varje fall tillämpas villkoren för kapacitetsavtal, inbegripet priset på kapacitet, under hela avtalsperioden.

18 Vinnande anbudsgivare erhåller under hela avtalets löptid en fast ersättning som finansieras genom en avgift som betalas av elleverantörerna. I gengäld åtar sig vinnande anbudsgivare att tillhandahålla kapacitet under perioder med hög belastning i elnätet. Sanktioner föreskrivs för de fall där en vinnande anbudsgivare inte levererar elmängden i enlighet med den kapacitet som anges i avtalet (skäl 4 i det angripna beslutet). Dessutom är kapacitetsmarknaden föremål för översyn (skäl 6 i det angripna beslutet).

19 De kostnader som uppkommer vid finansieringen av ersättningen för kapaciteten betalas av alla godkända elleverantörer (nedan kallad metoden för kostnadstäckning). Den avgift som tas ut av elleverantörer fastställs på grundval av deras marknadsandel och beräknas på grundval av den efterfrågan som registreras mellan kl. 16 och kl. 19 alla vardagar mellan november och februari för att uppmuntra kunderna att minska efterfrågan på el under de perioder då denna vanligtvis är störst. Enligt det angripna beslutet ska detta leda till en minskning av de kapaciteter som krävs, och följaktligen till en minskning av kapacitetsmarknadens kostnader (skäl 69 i det angripna beslutet).

20 Enligt modellberäkningar bör bruttoinkomster som betalas till kapacitetsleverantörer ligga mellan 0,9 och 2,6 miljarder GBP (cirka 1,02 miljarder och 2,94 miljarder euro) per år, eller mellan 8,1 och 23,4 miljarder GBP (uppskattningsvis mellan 9,14 miljarder och 26,4 miljarder euro) för perioden 2018–2024. Detta belopp varierar beroende på den nivå av ”nyskapad kapacitet” som krävs (skäl 7 i det angripna beslutet).

C. De tillämpliga bestämmelserna i riktlinjerna

21 Det ska erinras om att kommissionen på det specifika området för statligt stöd kan anta riktlinjer inom ramen för sin skönsmässiga bedömning, och att dessa anvisningar är bindande för institutionen om de inte avviker från fördragets bestämmelser (se dom av den 13 juni 2002, Nederländerna/kommissionen, C-382/99, EU:C:2002:363, punkt 24 och där angiven rättspraxis).

22 Tempus bekräftade i sitt svar på tribunalens skriftliga frågor och återigen vid förhandlingen, uttryckligen att de inte har ifrågasatt upprättandet av en kapacitetsmarknad, som sådant, utan endast dels bedömningen av de uppgifter som Förenade kungariket lämnat vad gäller inverkan av efterfrågestyrningen, dels, de olika metoder som föreskrivs för att möjliggöra för operatörer på efterfrågesidan att delta i kapacitetsmarknaden.

23 Bland de olika bestämmelserna i riktlinjerna för statligt stöd till miljöskydd och energi för 2014–2020 (EUT C 200, 2014, s. 1, nedan kallade ”riktlinjerna”), som antogs av kommissionen den 9 april 2014 och trädde i kraft den 1 juli 2014, och med beaktande av en situation där principen om stöd för tillräcklig produktionskapacitet godtas (se ovan punkt 22), är följande bestämmelser relevanta för att avgöra det nationella målet.

24 För det första föreskrivs i punkt 224 b i avsnitt 3.9.2 ”Behov av statligt ingripande” i riktlinjerna att, kommissionen i sin bedömning av de uppgifter som lämnats av den berörda medlemsstaten bland annat ska ta hänsyn till ”[e]n bedömning av inverkan av efterfrågesidans deltagande, inklusive en beskrivning av åtgärder för att uppmuntra styrning av efterfrågesidan”.

25 För det andra anges i punkt 226, i avsnitt 3.9.3 ”Stödets lämplighet” i riktlinjerna följande:

”Åtgärden bör vara öppen för och på lämpligt sätt stimulera både befintliga och framtida producenter och aktörer som använder ersättningsbara tekniker, såsom laststyrningsåtgärder eller lagringslösningar. Stödet bör därför ges via en mekanism som möjliggör eventuellt olika leveranstider som motsvarar den tid som krävs för att realisera nya investeringar av nya producenter som använder olika tekniker. Inom ramen för åtgärden bör man även beakta i vilken utsträckning sammanlänkningskapacitet kan bidra till att lösa eventuella problem med produktionskapacitetens tillräcklighet.”

26 För det tredje föreskrivs i punkt 229 i avsnitt 3.9.5 ”Stödets proportionalitet” i riktlinjerna att ”[e]tt konkurrensutsatt anbudsförfarande utifrån klara, öppna och icke-diskriminerande kriterier som effektivt inriktas på det fastställda målet anses leda till rimliga intäkter under normala förhållanden.”

27 För det fjärde anges i punkt 232 a i avsnitt 3.9.6 ”Undvikande av betydande otillbörliga negativa effekter på konkurrens och handel mellan medlemsstater” i riktlinjerna bland annat att ”[å]tgärden bör vara utformad så att all kapacitet som på ett effektivt sätt kan bidra till att lösa problemet med produktionskapacitetens tillräcklighet kan delta i åtgärden, särskilt med hänsyn till följande faktorer: … Deltagande av producenter som använder olika tekniker och av aktörer som erbjuder åtgärder med motsvarande teknisk prestanda, till exempel ledning av efterfrågesidan, länkar och lagring.” I denna bestämmelse föreskrivs även att ”begränsningar av deltagandet [av olika aktörer] endast [kan] motiveras på grundval av bristande teknisk prestanda jämfört med vad som krävs för att lösa problemet med produktionskapacitetens tillräcklighet.”

D. Det angripna beslutet

28 I det angripna beslutet bedömde kommissionen mot bakgrund av artikel 107.1 FEUF att den omtvistade åtgärden utgjorde ett statligt stöd (skälen 109–115 i det angripna beslutet).

29 När det gäller frågan huruvida den omtvistade åtgärden är förenlig med den inre marknaden har kommissionen anfört att dess bedömning grundar sig på villkor som fastställs i punkt 3.9 i riktlinjerna, i vilken särskilda villkor för tillräcklig produktionskapacitet uppställs.

30 Under punkt 3.3.1 ”Mål av gemensamt intresse och stödets nödvändighet” i det angripna beslutet har kommissionen anfört följande:

”(118) Kommissionen anser att åtgärden bidrar till att uppnå ett mål av gemensamt intresse och att den är nödvändig enligt punkterna 3.9.1 och 3.9.2 i riktlinjerna….

(119) För det första har Förenade kungariket utarbetat en metod för att identifiera problemet med produktionskapacitetens tillräcklighet. Av det modellberäkningar som genomförts av Förenade kungariket framgår att ”enduring reliability adequacy standard” – som är den indikator som valts för att mäta produktionskapacitetens tillräcklighet – kan nå kritiska nivåer från 2018–2019. Resultaten överensstämmer i stort sett med dem som offentliggjordes av Entso-E (European Network of Transmission System Operators for Electricity, Europeiska nätverket av systemansvariga för överföringssystemen för el) i dess senaste rapport….

(120) Rapporten om National Grids kapacitet har analyserats av en grupp oberoende tekniska experter (nedan kallad PTE) som utsetts av Department of Energy and Climate Change (ministeriet för energi och klimatförändring i Förenade kungariket). Den 30 juni 2014 offentliggjorde ministeriet för energi och klimatförändring rapporten från PTE vad gäller den analys som ligger till grund för National Grids rekommendationer avseende den mängd kapacitet som krävs för den första auktionen. PTE konstaterade att det allmänna scenario och metoder för modellberäkningar som antagits av National Grid i princip var giltiga. Inom PTE rådde emellertid enighet om att National Grid tenderade att inta en alltför konservativ ståndpunkt när det gäller vissa viktiga antaganden, bland annat vad avser sammanlänkning, vilket leder till en överskattning av den mängd kapacitet som krävs. PTE påpekade även att mindre konservativa antaganden hade varit tillräckliga för att nya produktionskapaciteter inte skulle behöva skapas.

(121) Myndigheterna i Förenade kungariket förklarade att de hade tagit hänsyn till rekommendationerna från National Grid och rapporten från PTE och att de hade gjort en ingående granskning av skillnaderna i deras respektive analyser. … Mot bakgrund av den bevisning som förebringats beslutade Förenade kungarikets regering att följa rekommendationerna från National Grid, i egenskap av *systemansvarig*.

(122) När det gäller deltagandet i efterfrågestyrningen har Förenade kungariket påpekat att genomförandet av den första auktionen i december 2014 skulle bli avgörande för att erhålla information om efterfrågestyrning och dess potential. Som svar på PTE:s rapport föreslog National Grid ett gemensamt projekt med Energy Networks Association (Sammanslutningen för energinätverk) (inbegripet Distribution Network Operators) (distributionsnätoperatörer)) för en bättre förståelse rörande vilken kapacitet efterfrågestyrningen kunde tillhandahålla, såväl aktuellt som potentiellt. Förenade kungariket har dessutom utarbetat bestämmelser om övergångsauktioner för att främja utvecklingen av efterfrågestyrningen från 2015 till 2016 samt ett pilotprojekt på 20 miljoner GBP i fråga om energieffektivitet (Electricity Demand Reduction pilot). Slutligen förklarade Förenade kungariket att man kommer att undersöka uppgifterna från

den första auktionen och att man kommer att säkerställa att efterfrågekurvorna korrigeras på lämpligt sätt, vilket kommer att beaktas i National Grids process Future Energy Scenario i samband med rapporterna om elektrisk kapacitet för framtida auktioner.

…

(124) Kommissionen bedömde det initiativ som tagits av Förenade kungariket för att bemöta PTE:s rapport och fann att vissa av de problem som PTE hade identifierat var allvarliga, i synnerhet det alltför försiktiga antagandet att sammanlänkningen har ett nettobidrag som uppgår till noll under perioder med hög belastning i nätet. …

(125) Kommissionen anser att [Förenade kungarikets åtaganden] räcker för att bemöta de metodologiska betänkligheter som fanns vad gäller sammanlänkningens bidrag och bedömningen av detta.

…

(128) För det fjärde kan den anmälda åtgärden leda till att produktionen från fossila bränslen stöds. Såsom angetts i skälen 88–94, överväger Förenade kungariket att genomföra eller genomför ytterligare åtgärder för att avhjälpa de brister som konstaterats föreligga på marknaden. Dessa åtgärder syftar till att stimulera efterfrågestyrning, att reformera ”cash-out arrangements” och att främja en högre grad av sammanlänkningar. Kommissionen anser att dessa alternativa åtgärder således skulle leda till en minskning av den kapacitet som krävs inom ramen för den anmälda åtgärden. Kommissionen har dessutom påpekat att Förenade kungariket har föreslagit särskilda åtgärder för att stödja koldioxidsnål produktion (till exempel ”Contracts for Differences”) och har antagit stränga normer för utsläpp. Kommissionen anser därför att Förenade kungariket i tillräcklig grad har utforskat metoderna för att mildra de negativa effekter som den anmälda åtgärden skulle kunna ha på målet att fasa ut miljöskadliga subventioner. Kommissionen har dessutom påpekat att den årliga bedömningen av tillräckligheten av produktionskapaciteten tar hänsyn till produktionsmängden och samtrafiknätets bidrag samtidigt som den är öppen för alla typer av kapacitetsleverantörer, inbegripet operatörer på efterfrågesidan.

(129) När det gäller den skrivelse som lämnades in av operatörerna på efterfrågesidan delar kommissionen Förenade kungarikets åsikt att kapacitetsavtal med en löptid på femton år kan motiveras för nya anläggningar medan befintliga anläggningar och operatörer på efterfrågesidan, med hänsyn till deras mindre kapitalkrav (som tyder på ett mindre behov av att säkerställa finansiering) inte i väsentlig omfattning skulle gynnas av långfristiga avtal… Kommissionen anser därför inte att avtal med kortare löptid klart missgynnar befintliga anläggningar och operatörer på efterfrågesidan i förhållande till nya anläggningar. Åtgärden är teknikneutral och stärker således inte ställningen för producenter som använder fossila bränslen. Kommissionen har även påpekat att metoden för kostnadstäckning fortsatt innebär ett incitament att minska efterfrågan under perioder med hög belastning, samtidigt som den är förutsägbar för elleverantörerna.”

31 Under punkt 3.3.2 ”Stödets lämplighet” i det angripna beslutet angav kommissionen följande:

”(130) Kommissionen anser att åtgärden är lämplig, såsom krävs enligt punkt 3.9.3 i riktlinjerna. …

(131) För det första avhjälper åtgärden de brister som konstaterats på marknaden och som anges i tabell 1. Vidare har åtgärden utformats för att stödja och komplettera den pågående utvecklingen på marknaden och överensstämma med den inre marknaden för energi och Europeiska unionens politik för energi, det vill säga utvecklingen av en aktiv efterfrågestyrning, en ökning av konkurrensen och investering i sammanlänkningskapaciteten. …

– Kapacitetsmarknaden kommer att främja utvecklingen av aktiv efterfrågestyrning. Resurserna för efterfrågestyrning kan motta kapacitetsbetalningar och det kommer att finnas särskilda åtgärder för att främja utvecklingen av kapaciteten i denna industri som ännu befinner sig i sin linda. Kapacitetsmarknaden kommer att stödja likviditeten och konkurrensen (både på kapacitetsmarknaden och elmarknaden).

…

(134) För det tredje är åtgärden öppen för befintliga och nya lagringsoperatörer och operatörer på efterfrågesidan. Auktionsprocessen har utformats för att beakta olika genomförandefrister som krävs för att göra kapaciteten tillgänglig. Kapacitetsleverantörer kan lämna anbud för genomförandefrister på ett eller fyra år, vilket bör tillgodose behovet avseende nya anläggningar, och behovet av renovering av befintliga anläggningar.

…

(140) När det gäller den skrivelse som lämnats in av operatörerna på efterfrågesidan har kommissionen påpekat att det förhållandet att de operatörer på efterfrågesidan som innehar ett kapacitetsavtal inom ramen för det varaktiga systemet utesluts från att delta i övergångsauktioner i själva verket syftar till att främja utvecklingen av sektorn för efterfrågestyrning. Mot bakgrund av det mål som eftersträvas med denna åtgärd anser kommissionen att avsaknaden av ytterligare ersättning för besparingar vad beträffar förluster vid överföring och distribution av el som sker genom efterfrågestyrning är berättigad.”

32 Kommissionen har under punkt 3.3.5 ”Begränsning av negativa effekter på konkurrensen och handeln” i det angripna beslutet anfört följande:

”(149) … åtgärden är öppen för alla befintliga och nya producenter, operatörer på efterfrågesidan och lagringsoperatörer som omfattas av de villkor för stödberättigande som anges i skälen 15–18.”

II. Förfarandet och parternas yrkanden

33 Genom ansökan som inkom till tribunalens kansli den 4 december 2014 väckte Tempus förevarande talan.

34 Genom handling som inkom till tribunalens kansli den 15 april 2015 ansökte Förenade kungariket om att få intervenera i detta mål till stöd för kommissionens yrkanden. Ordföranden på tribunalens åttonde avdelning biföll interventionsansökan genom beslut av den 30 juni 2015. Förenade kungariket inkom med sin inlaga och parterna inkom med sina yttranden över inlagan inom de angivna fristerna.

35 I samband med att tribunalens sammansättning ändrades, tilldelades målet en ny referent den 27 april 2016.

36 I samband med att sammansättningen av tribunalens avdelningar ändrades, förordnades referenten att tjänstgöra på tredje avdelningen, varför målet tilldelades denna avdelning.

37 Genom en åtgärd för processledning av den 20 december 2016 anmodade tribunalen kommissionen att inkomma med den anmälan avseende den omtvistade åtgärden som Förenade kungariket hade skickat till kommissionen.

38 Genom handling som inkom till tribunalens kansli den 13 februari 2017, ingav kommissionen till tribunalen en icke-konfidentiell version av den anmälan som Förenade kungariket hade skickat till den. Den gjorde gällande att anmälan i fråga var en konfidentiell handling som skyddades enligt

artikel 339 FEUF, som inte kan utlämnas till Tempus. Den förklarade att den inte kunde utlämna handlingen till tribunalen på grundval av en åtgärd för processledning i enlighet med artikel 90 i tribunalens rättegångsregler. Kommissionen meddelade att om tribunalen anmodade den att förete denna handling på grundval av artikel 91 i rättegångsreglerna skulle den omedelbart efterkomma en sådan åtgärd för processledning.

39 Genom beslut av den 9 mars 2017 beträffande en åtgärd för processledning avseende företeende av handlingar ålade tribunalen kommissionen med stöd av artiklarna 91 b, 92.1 och 103.1 i rättegångsreglerna att förete anmälan av den omtvistade åtgärden, som Förenade kungariket hade utlämnat till den. Kommissionen efterkom detta åläggande den 16 mars 2017.

40 Genom en åtgärd för processledning av den 3 april 2017 tillkännagav tribunalen kommissionen och Förenade kungariket sin avsikt att till handlingarna i målet lägga flera utdrag ur anmälan. Tribunalen uppmanade dem att lämna synpunkter på utlämnandet av dessa utdrag. Förenade kungariket och kommissionen lämnade sina synpunkter på utlämnandet av dessa utdrag den 19 april 2017 och den 24 april 2017.

41 Den 5 maj 2017 lades vissa utdrag ur anmälan, som ansågs vara relevanta och icke-konfidentiella, till handlingarna i målet och skickades till Tempus (nedan kallad anmälan).

42 Genom en åtgärd för processledning av den 5 maj 2017 anmodade tribunalen parterna att besvara ett antal frågor. Tribunalen anmodade parterna att framför allt yttra sig över vissa punkter i riktlinjerna och vissa begrepp i dessa. Parterna uppmanades i synnerhet att yttra sig över den information som fanns tillgänglig vid tidpunkten för antagandet av det angripna beslutet vad gäller bedömningen av efterfrågestyrningen och dess potentiella tekniska utveckling när det gäller försörjningstryggheten i Förenade kungariket. Dessutom uppmanades kommissionen att klargöra sin ståndpunkt avseende vissa påståenden i det angripna beslutet och den information som den institutionen förfogade över vid tidpunkten för bedömningen av den omtvistade åtgärden. Dessutom anmodade tribunalen Tempus att kommentera kommissionens påståenden i sin duplik, när det gäller metoden för kostnadstäckning. Kommissionen uppmanades också att ange de omständigheter på vilka den grundade sin bedömning av finansieringsbehovet hos operatörerna på efterfrågesidan och Tempus ombads att ange vilken bevisning som den hade lämnat Förenade kungariket och kommissionen avseende finansieringsbehovet.

43 Den 22 maj 2017 efterkom parterna denna åtgärd för processledning.

44 Genom handlingar som inkom till tribunalens kansli den 17 maj och den 9 juni 2017 yttrade sig Tempus avseende förhandlingsrapporten.

45 Genom handling som inkom till tribunalens kansli den 29 juni 2017 begärde Tempus med åberopande av principen om parternas likställdhet i processen att tribunalen skulle göra en ny prövning av bilaga B till anmälan som kommissionen och Förenade kungariket grundade sig på i samband med en åtgärd för processledning av den 5 maj 2017 och att den skulle fastställa om andra delar av denna bilaga som ännu inte hade utlämnats skulle överlämnas till Tempus.

46 Genom beslut av den 3 juli 2017 om en åtgärd för processledning avseende företeende av handlingar ålade tribunalen kommissionen med stöd av artiklarna 91 b, 92.1 och 103.1 i tribunalens rättegångsregler att förete nämnda bilaga B till anmälan. Kommissionen efterkom denna begäran den 4 juli 2017. Den 6 juli 2017 lades denna bilaga som ansågs som relevant och icke-konfidentiell till handlingarna i målet och delgavs Tempus.

47 Tempus har yrkat att tribunalen ska:

– ogiltigförklara det angripna beslutet, och

– förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

48 Kommissionen har yrkat att tribunalen ska:

– avvisa talan eller, i vart fall, ogilla denna, och

– förplikta Tempus att ersätta rättegångskostnaderna.

49 Förenade kungariket stöder kommissionens yrkande och har yrkat att talan ska ogillas.

III. Rättslig bedömning

A. Upptagande till sakprövning

50 I sitt svaromål erinrade kommissionen om att talan som väcks av en berörd part för att kunna prövas ska vara avsedd att tillvarata de processuella rättigheter som vederbörande åtnjuter enligt artikel 108.2 FEUF och artikel 6.1 i rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel [108 FEUF] (EGT L 83, 1999, s. 1). Tempus argument avseende den första grunden ska således endast beaktas i den mån de faktiskt syftar till att visa att kommissionen inte hade lyckats att skingra de tveksamheter som förelåg under den preliminära granskningen och att detta har påverkat dess processuella rättigheter.

51 I detta avseende bör det noteras att kommissionen genom sin argumentation inte avser att bestrida att talan kan tas upp till sakprövning i sin helhet, utan endast den del av ansökan som inte berör skyddet av Tempus processuella rättigheter. Kommissionen medgav vidare under förhandlingen att parterna var överens om att Tempus kunde försvara sina processuella rättigheter. Dessutom bör det påpekas att kommissionen inte har preciserat de argument som enligt dess åsikt inte borde beaktas, eftersom de inte avser Tempus processuella rättigheter.

52 Mot bakgrund av vad som anförts ovan kan kommissionens argument vad gäller upptagande till sakprövning av den första grunden inte godtas.

B. Prövning i sak

53 Tempus har i egenskap av berörd part för att tillvarata sina processuella rättigheter enligt artikel 108.2 FEUF och artikel 6.1 i förordning nr 659/1999 åberopat två grunder till stöd för sin talan. Den första grunden avser åsidosättande av artikel 108.2 FEUF och ett antal andra rättsregler, och den andra grunden avser bristande motivering.

1. Den första grunden: åsidosättande av artikel 108.2 FEUF, åsidosättande av principerna om icke-diskriminering, proportionalitet och skydd för berättigade förväntningar samt felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna

a) Inledande synpunkter

54 Såsom Förenade kungariket har gjort gällande i anmälan och kommissionen i det angripna beslutet, fanns det en risk att den elenergi som finns tillgänglig i denna medlemsstat inom en nära framtid inte skulle räcka för att tillgodose efterfrågan under perioder med hög belastning. De äldsta produktionsanläggningarna skulle läggas ned inom kort och risken fanns att elmarknaden inte i tillräcklig omfattning skulle stimulera producenterna att utveckla ny produktionskapacitet för att

uppväga dessa nedläggningar. Elmarknaden gav inte heller konsumenterna tillräckliga incitament att minska sin efterfrågan för att komma till rätta med denna situation. För att säkerställa försörjningstryggheten ansåg Förenade kungariket därför att det var nödvändigt att upprätta en kapacitetmarknad.

55 Det främsta syftet med kapacitetsmarknaden var att stimulera kapacitetsleverantörer, det vill säga i princip såväl elproducenter (kraftverk, inbegripet kraftverk som drivs med fossila bränslen) som operatörer på efterfrågesidan, som föreslår en senareläggning eller minskning av förbrukningen för att ta hänsyn till de svårigheter som kan uppkomma under perioder med hög efterfrågan. Även om de verkar på olika nivåer – utbudet för produktion, efterfrågan för konsumtion – utgör producenter och operatörer på efterfrågesidan oundgängliga inslag i uppbyggnaden och funktionen av den kapacitetsmarknad som föreslagits av Förenade kungariket.

56 Tempus anser emellertid att kommissionen inte, efter en preliminär granskning, på grundval av den information som var tillgänglig vid tidpunkten för antagandet av det angripna beslutet, kunde anse att den planerade kapacitetsmarknaden inte föranledde tveksamheter beträffande dess förenlighet med den inre marknaden. Tempus har i detta avseende i egenskap av operatör på efterfrågesidan framhållit sju aspekter av kapacitetsmarknaden som föranleder tveksamheter i den mening som avses i artikel 4 i förordning nr 659/1999. Tempus har i huvudsak gjort gällande att kapacitetsmarknaden gynnar produktion i förhållande till efterfrågestyrning på ett diskriminerande och oproportionerligt sätt som går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå de mål som eftersträvas med stödordningen och efterleva gällande unionsbestämmelser.

b) Begreppet tveksamheter och kommissionens beslut att inleda det formella granskningsförfarandet eller ej

57 Av artikel 108.3 FEUF framgår att om kommissionen, efter att ha underrättas om ett projekt avseende vidtagande av stödåtgärder, anser att en sådan plan inte är förenlig med den inre marknaden, utan dröjsmål ska inleda det förfarande som föreskrivs i artikel 108.2 FEUF. Kommissionen är inom ramen det förfarande som föreskrivs i sistnämnda bestämmelse skyldig att ge berörda parter tillfälle att lämna synpunkter.

58 I artikel 4 i förordning nr 659/1999 anges i detta avseende att, under förutsättning att den plan som anmälts av den berörda medlemsstaten faktiskt inrättar ett stöd, är det förekomsten eller avsaknaden av ”tveksamheter” i fråga om planens förenlighet med den inre marknaden, som gör det möjligt för kommissionen att besluta om att inleda ett formellt granskningsförfarande efter sin preliminära granskning, eller ej. Denna bestämmelse har följande ordalydelse:

”1. Kommissionen skall pröva anmälan så snart den har mottagits. …

2. Om kommissionen efter en preliminär granskning finner att den anmälda åtgärden inte utgör stöd skall den fastställa detta genom ett beslut.

3. Om kommissionen efter en preliminär granskning finner att en anmäld åtgärd, i den mån den omfattas av artikel [107.1 FEUF], inte föranleder tveksamhet i fråga om dess förenlighet med den [inre] marknaden, skall den besluta att åtgärden är förenlig med den [inre] marknaden (… beslut om att inte göra invändningar). I beslutet skall närmare anges vilket undantag i fördraget som har tillämpats.

4. Om kommissionen efter en preliminär granskning finner att en anmäld åtgärd föranleder tveksamhet i fråga om dess förenlighet med den [inre] marknaden, skall den besluta att inleda ett förfarande enligt artikel [108.2 FEUF] … (… beslut om att inleda formellt granskningsförfarande)…”

59 Artikel 6 i förordning nr 659/1999 innehåller närmare bestämmelser om det formella granskningsförfarandet:

”1. Beslutet om att inleda ett formellt granskningsförfarande skall sammanfatta relevanta sak- och rättsfrågor, kommissionens preliminära bedömning beträffande den föreslagna åtgärdens karaktär av stöd skall inbegripas och tvivlen beträffande åtgärdens förenlighet med den [inre] marknaden skall anges. I beslutet skall den berörda medlemsstaten och andra intresserade parter uppmanas att lämna sina synpunkter inom en föreskriven tidsfrist som normalt inte skall överskrida en månad. …

2. Inkomna synpunkter skall överlämnas till den berörda medlemsstaten. … Den berörda medlemsstaten får yttra sig över de inkomna synpunkterna …”.

60 Inom ramen för kontrollen av statligt stöd ska det således göras en åtskillnad mellan å ena sidan den preliminära granskning av stöd som införts genom artikel 108.3 FEUF och som bland annat regleras i artikel 4 i förordning nr 659/1999, vilken enbart syftar till att göra det möjligt för kommissionen att bilda sig en första uppfattning om huruvida stödåtgärden helt eller delvis är förenlig med den inre marknaden, och å andra sidan den granskningsfas som avses i artikel 108.2 FEUF och som bland annat regleras i artikel 6 i förordning nr 659/1999, vilken syftar till att göra det möjligt för kommissionen att få kännedom om samtliga omständigheter i ärendet (se dom av den 15 april 2008, Nuova Agricast, C-390/06, EU:C:2008:224, punkt 57 och där angiven rättspraxis).

61 Kommissionen kan godkänna en stödåtgärd efter den preliminära granskningsfasen enligt artikel 108.3 FEUF om den efter en första granskning är övertygad om att den berörda planen är förenlig med EUF-fördraget. Om denna första granskning däremot leder till att kommissionen intar motsatt ståndpunkt eller inte kan övervinna de svårigheter som bedömningen av huruvida stödet är förenligt med den inre marknaden är förenad med, är kommissionen skyldig att införskaffa alla nödvändiga yttranden och att i detta syfte inleda förfarandet enligt artikel 108.2 FEUF (se dom av den 15 april 2008, Nuova Agricast, C-390/06, EU:C:2008:224, punkterna 58 och 59 och där angiven rättspraxis).

62 Vad gäller begreppet tveksamhet i fråga om en anmäld åtgärds förenlighet med den inre marknaden som anges artikel 4.3 och 4.4 i förordning nr 659/1999 har tre krav fastställts i rättspraxis för att fastställa ramarna för kommissionens bedömning.

63 För det första är detta begrepp av exklusiv karaktär. Kommissionen kan sålunda inte vägra att inleda det formella förfarandet genom att åberopa andra omständigheter, såsom andra berörda parters intressen, processekonomiska överväganden eller något annat administrativt eller politiskt skäl (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 februari 2009, Deutsche Post och DHL International/kommissionen, T-388/03, EU:T:2009:30, punkt 90 och där angiven rättspraxis, och dom av den 10 juli 2012, Smurfit Kappa Group/kommissionen, T-304/08, EU:T:2012:351, punkt 78).

64 För det andra framgår det i synnerhet av artikel 4.4 i förordning nr 659/1999 att kommissionen är skyldig att inleda det formella granskningsförfarandet när den inte lyckas undanröja all tveksamhet i den mening som avses i denna bestämmelse. Den förfogar inte över något utrymme för skönsmässig bedömning i detta hänseende (se, för ett liknande resonemang, dom av den 22 december 2008, British Aggregates/kommissionen, C-487/06 P, EU:C:2008:757, punkt 113 och där angiven rättspraxis, och dom av den 10 juli 2012, Smurfit Kappa Group/kommissionen, T-304/08, EU:T:2012:351, punkt 79 och där angiven rättspraxis).

65 För det tredje är begreppet tveksamhet i artikel 4.3 och 4.4 i förordning nr 659/1999 ett objektivt kriterium. För att avgöra om det föreligger sådan tveksamhet ska tribunalen på ett objektivt sätt undersöka såväl omständigheterna under vilka den angripna rättsakten antogs som dess innehåll genom att jämföra skälen i beslutet med de upplysningar som kommissionen förfogade över då den avgjorde frågan om det omtvistade stödet var förenligt med den inre marknaden. Tribunalens

lagenlighetskontroll av om det förelåg tveksamhet går följaktligen längre än en kontroll av om det gjorts en uppenbart felaktig bedömning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 april 2009, Bouygues och Bouygues Télécom/kommissionen, C-431/07 P, EU:C:2009:223, punkt 63, och dom av den 10 juli 2012, Smurfit Kappa Group/kommissionen, T-304/08, EU:T:2012:351, punkt 80 och där angiven rättspraxis).

66 I detta sammanhang ankommer det på tribunalen att inom ramen för lagenlighetskontrollen av kommissionens beslut om att inte göra invändningar att pröva de argument som Tempus framfört och efter en preliminär granskning fastställa om den anmälda åtgärden föranleder tveksamhet i fråga om dess förenlighet med den inre marknaden i den mening som avses i artikel 4.3 och 4.4 i förordning nr 659/1999, vilket borde ha lett till antagandet av ett beslut att inleda det formella granskningsförfarandet. En sådan prövning är särskilt viktigt för Tempus då de i huvudsak har anfört samma argument som de kunde ha framfört som berörd part vid utövandet av sina processuella rättigheter under det formella granskningsförfarandet enligt artikel 108.2 FEUF om detta förfarande hade inletts, som de i förvarande fall har åberopat har åsidosatts.

67 Tempus har därför bevisbördan för att de kan lägga fram bevisning i form av en mängd samstämmiga uppgifter, vilka rör dels omständigheterna kring och längden på det preliminära granskningsförfarandet, dels innehållet i det angripna beslutet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 februari 2009, Deutsche Post och DHL International/kommissionen, T-388/03, EU:T:2009:30, punkt 93). I synnerhet är det förhållandet att kommissionen gjorde en otillräcklig eller ofullständig granskning under det preliminära granskningsförfarandet en indikation på att det förelegat tveksamhet i den mening som avses i artikel 4 i förordning nr 659/1999 (se dom av den 10 juli 2012, Smurfit Kappa Group/kommissionen, T-304/08, EU:T:2012:351, punkt 81 och där angiven rättspraxis). Som berörd part har Tempus emellertid varken utredningsbefogenheter eller, i princip, sådana utredningsmöjligheter som kan jämföras med dem som kommissionen har, varvid denna institution om så behövs kan begära att den berörda medlemsstaten samarbetar, för att kunna slutföra sin granskning av den anmälda åtgärden.

68 I förevarande fall räcker det, såsom framgår av punkterna 79–82 nedan, att Tempus, i ett skede i förfarandet där de berörda parterna ännu inte har uppmanats att yttra sig genom ett beslut att inleda det formella granskningsförfarandet, anger skälen till att den anser att kommissionen, mot bakgrund av det angripna beslutet, borde ha hyst tvivel om den anmälda åtgärdens förenlighet med den inre marknaden. Tempus är därför inte skyldig att lämna alla uppgifter för att den anmälda stödordningens oförenlighet ska kunna fastställas.

69 I detta avseende bör det erinras om att kommissionen, för att kunna göra en tillräckligt ingående granskning mot bakgrund av de bestämmelser som var tillämpliga på statligt stöd, inte är skyldig att begränsa sin analys till den information som finns i anmälan av den omtvistade åtgärden. Kommissionen kan, och måste i förekommande fall, söka relevant information, för att, vid tidpunkten för antagandet av det angripna beslutet, förfoga över sådana uppgifter för bedömningen som rimligen kan anses vara tillräckliga och tydliga för denna bedömning. Det har till exempel redan slagits fast att kommissionen hade företagit en ”aktiv och omsorgsfull” prövning av ett stöds förenlighet, i en sådan situation där den haft tvivel om huruvida de argument som framförts av medlemsstaten var välgrundade (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 december 2008, Kronoply och Kronotex/kommissionen, T-388/02, ej publicerad, EU:T:2008:556, punkt 127), medan det fastställts att prövningen var ”otillräcklig”, i en sådan situation där den institutionen inte erhållit den information som hade möjliggjort för den att bedöma en åtgärd (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 februari 2009, Deutsche Post och DHL International/kommissionen, T-388/03, EU:T:2009:30, punkterna 109 och 110).

70 För att styrka att det föreligger tveksamhet i den mening som avses i artikel 4.4 i förordning nr 659/1999 är det tillräckligt att Tempus visar att kommissionen inte på ett omsorgsfullt och opartiskt sätt har sökt eller prövat alla de omständigheter som är relevanta för denna analys eller inte har beaktat dem i vederbörlig ordning för att skingra all tveksamhet om den anmälda åtgärdens förenlighet med den inre marknaden.

71 Dessutom framgår det av rättspraxis att lagenligheten av ett beslut avseende statligt stöd ska bedömas mot bakgrund av de uppgifter som kommissionen har tillgång vid tidpunkten för antagandet av beslutet (se, för ett liknande sammanhang, dom av den 15 april 2008, Nuova Agricast, C-390/06, EU:C:2008:224, punkterna 54 och 55 och där angiven rättspraxis). De uppgifter som kommissionen ”har tillgång” till inbegriper de som föreföll relevanta för den prövning som den institutionen ska göra i enlighet med artikel 108.2 och 108.3 FEUF och artikel 4.3 och 4.4 i förordning nr 659/1999.

72 För att styrka att det föreligger tveksamhet i fråga om stödets förenlighet med den inre marknaden får Tempus således åberopa samtliga relevanta uppgifter som kommissionen hade eller kunde ha tillgång till vid tidpunkten för antagandet av det angripna beslutet. Tribunalen kan inom ramen för den legalitetskontroll som den ska göra i samband med detta på samma sätt ta hänsyn till alla uppgifter som nämns i det angripna beslutet till stöd för den bedömning som gjorts däri av kommissionen.

73 I förevarande mål ska det således prövas om de uppgifter som Tempus lämnat vid tribunalen, mot bakgrund av de uppgifter som var tillgängliga vid tidpunkten för antagandet av det angripna beslutet, kunde föranleda tveksamhet om huruvida den anmälda åtgärdens helt eller delvis är förenlig med den inre marknaden, vilket följaktligen skulle innebära att kommissionen skulle vara tvungen att inleda det formella granskningsförfarandet, utan att detta skulle hindra kommissionen att i ett senare skede utöva sitt utrymme för skönsmässig bedömning avseende åtgärdens förenlighet med den inre marknaden efter det att nämnda förfarande inletts.

c) Varaktigheten av diskussionerna mellan medlemsstaten och kommissionen och omständigheterna kring antagandet av det angripna beslutet

74 Tempus betonar vikten av de frågor som kommissionen ställdes inför i förevarande mål, som var det första granskningsförfarandet beträffande en kapacitetsmarknad och tillämpningen av riktlinjerna. I förevarande fall gick varaktigheten av de diskussioner som fördes mellan Förenade kungariket och kommissionen före anmälan utöver vad som krävs för att anta ett beslut om att inte göra invändningar och utgjorde ett tecken på att det förelåg tveksamhet. Tempus har också påpekat att det är paradoxalt att kommissionen anser dels att det inte är nödvändigt att inleda ett formellt granskningsförfarande avseende den första anmälda kapacitetmarknaden, dels att det därefter är nödvändigt att genomföra en första sektoriell utredning i detta avseende som aldrig inleddes avseende statligt stöd ”för en bättre förståelse för dessa åtgärder och för att säkerställa efterlevnaden av unionsbestämmelserna” och nå ”de berörda parter som inte hörs i ordinarie förfaranden om statligt stöd” (se kommissionens beslut C(2015) 2814 final, av den 29 april 2015 om inledande av en undersökning beträffande kapacitetsmekanismer inom energisektorn med tillämpning av artikel 20a i förordning nr 659/1999 och motsvarande pressmeddelande).

75 Kommissionen har genmält att, eftersom det inte har framförts något klagomål, är endast tidpunkten för anmälan avgörande vid bedömningen av om längden på det preliminära granskningsförfarandet kan föranleda tveksamhet. Eftersom detta förfarande varade mindre än två månader tyder detta inte på att det förelåg tveksamhet, utan visar snarare att detta inte var fallet. Eftersom kapacitetsmarknaden utformades inom ramen för ett nationellt offentligt samråd som avslutades strax före anmälan, saknar under alla omständigheter den kontakt som Förenade kungariket kunnat ha med kommissionen under föranmälningsfasen nödvändigtvis relevans för att fastställa huruvida kommissionen kunde hysa tvivel vad gäller den åtgärd som slutligen anmäldes. När det gäller den paradox som Tempus nämnt, har kommissionen gjort gällande att lagenligheten av det angripna

beslutet ska bedömas mot bakgrund av den information som var tillgänglig vid tidpunkten för dess yttrande, utan att hänsyn kan tas till de beslut som antagits därefter, för en ”psykologisk effekt”. Under alla omständigheter syftade det senare beslutet att inleda en sektoriell utredning om kapacitetsmekanismerna i andra medlemsstater än Förenade kungariket till att ”få en bättre förståelse för förekomsten och funktionen av [dessa]… mekanismer”. Vad gäller kapacitetsmarknaden i Förenade kungariket, hade en sådan förståelse redan uppnåtts efter dess individuella prövning av den anmälda åtgärden.

76 Förenade kungariket har gjort gällande att varaktigheten av den diskussionen som föregick anmälan inte kan påvisa att det förelåg tveksamheter.

77 Enligt artikel 108.3 FEUF ska ”[k]ommissionen … underrättas i så god tid att den kan yttra sig om alla planer på att vidta eller ändra stödåtgärder.” Denna anmälningsskyldighet gör det möjligt för kommissionen att i förväg kontrollera alla förslag till stöd. Såsom framgår av artikel 4.1 i förordning nr 659/1999 ska ”kommissionen … pröva anmälan så snart den har mottagits.” I artikel 4.5 i förordning nr 659/1999 anges också att kommissionen ska fatta beslut ”inom två månader”, som ”skall börja löpa dagen efter det att en fullständig anmälan har mottagits” för att fatta beslut på grundval av den preliminära granskningen av anmälan enligt artikel 108.3 FEUF för att, i förekommande fall, inleda det formella granskningsförfarande som föreskrivs i artikel 108.2 FEUF om den anmälda åtgärden föranleder tveksamhet i fråga om dess förenlighet med den inre marknaden.

78 Tribunalen erinrar i detta sammanhang om att det omfattande undersökningsområde som kommissionen har täckt under den preliminära granskningen och ärendets komplexitet pekar på att förfarandet varit betydligt mer omfattande än vad som normalt krävs för en första granskning enligt bestämmelserna i artikel 108.3 FEUF, vilket utgör ett övertygande tecken på att det förelåg tveksamheter i den mening som avses i artikel 4.3 och 4.4 i förordning nr 659/1999 (se, dom av den 7 november 2012, CBI/kommissionen, T-137/10, EU:T:2012:584, punkt 285 och där angiven rättspraxis).

79 I förevarande fall kan det konstateras att den anmälda åtgärden är betydande, komplex och ny.

80 För det första godkände kommissionen i det angripna beslutet att en stödordning som skulle sträcka sig över flera år genomfördes under en period på tio år (se skälen 6 och 162 i det angripna beslutet). De belopp som omfattas av denna ordning är mycket stora, eftersom de varierar mellan 0,9 miljarder och 2,6 miljarder GBP per år (se skäl 7 i det angripna beslutet), eller mellan 8,1 och 23,4 miljarder GBP under en period på tio år, såsom kommissionen bekräftat under förhandlingen. För 2018–2019, det vill säga det första leveransåret som planerades inom ramen för kapacitetsmarknaden, uppgav Förenade kungariket att man hade för avsikt att auktionera ut en total kapacitet på 53,3 gigawatt (GW).

81 För det andra är såväl definitionen som genomförandet av denna stödordning komplex. De situationer som beskrivits för att motivera dess existens är talrika och grundas på sannolikheter (se skälen 79–82 i det angripna beslutet). Flera kategorier av operatörer berörs enligt de regler som kan variera från en kategori till en annan och som kräver att vissa kriterier för stödberättigande uppfylls (se skälen 15–27 i det angripna beslutet). Olika auktionsmekanismer har fastställts som består av flera etapper (se bland annat skälen 28–51 i det angripna beslutet). Denna åtgärd kan ha betydande och varaktiga verkningar i tidsmässigt hänseende, som eventuellt går utöver den period på tio år för vilken den godkänts, eftersom den möjliggör för vissa kapacitetsleverantörer att ingå avtal med en löptid på upp till femton år vid varje årlig T-4-auktion (se skäl 57 i det angripna beslutet). Dessa verkningar berör i synnerhet, såväl direkt som indirekt, under en lång period, befintliga och nya producenter och operatörer på efterfrågesidan.

82 För det tredje är detta, såsom Tempus anfört och kommissionens vice ordförande som har ansvar för konkurrensfrågor uppgett när denne i ett pressmeddelande sammanfattat innehållet i det angripna beslutet, första gången som kommissionen bedömer en kapacitetsmarknad mot bakgrund av riktlinjerna. Den omtvistade åtgärden är därför ny, både vad gäller dess syfte och dess inverkan i framtiden.

83 Andra faktorer som kan framhållas är, i likhet med vad Tempus har gjort och endast för att betona komplexiteten och de nya aspekterna i de frågor som kommissionen ställts inför i förevarande fall, såväl att det inletts en sektoriell utredning avseende kapacitetsmekanismer och, därefter, i vissa fall och av skäl som är specifika för varje enskilt fall, har inletts formella granskningsförfaranden avseende de kapacitetsmarknader som planeras av andra medlemsstater. Eftersom dessa händelser emellertid inträffade efter att kommissionen antagit det angripna beslutet, kan de inte påverka tribunalens bedömning av lagligheten av det angripna beslutet.

84 I förevarande fall framgår dock att kommissionen den 23 juli 2014, efter en preliminär granskning som varade en månad, fann att den åtgärd som anmälts av Förenade kungariket den 23 juni 2014 inte föranledde tveksamheter i fråga om dess förenlighet med den inre marknaden och kunde bli föremål för ett beslut om att inte göra invändningar. De olika kapacitetsleverantörerna har inte anmodats att lämna synpunkter under detta förfarandet, eftersom kommissionen inte ansåg att detta var nödvändigt.

85 I motsats till vad kommissionen har gjort gällande, kan det förhållandet att den preliminära granskningen enbart varade en månad, under omständigheterna i förevarande fall, föranleda slutsatsen att det rör sig om ett indicium som visar att det inte förelåg tveksamheter efter den preliminära granskningen av den omtvistade åtgärden. Såsom Tempus har anfört ska hänsyn även tas till varaktigheten och innehållet i kontakterna mellan Förenade kungariket och kommissionen före anmälan av åtgärden. Även om sådana kontakter inte är ovanliga, utan snarare uppmuntras av kommissionen, har de i förevarande fall emellertid vissa egenskaper som framhäver den omtvistade åtgärdens komplexitet och de nya aspekter som denna åtgärd innebar.

86 Det ska inledningsvis erinras om att föranmälningsfasen som bygger på de erfarenheter som kommissionens förvärvade vid kontrollen av statligt stöd, fastställdes i reglerna om bästa praxis vid kontroll av statligt stöd, som antogs av kommissionen den 16 juni 2009 (EUT C 136, 2009, s. 13) (nedan kallade reglerna om bästa praxis). Även om dessa, såsom för övrigt anges i punkt 8 i reglerna om bästa praxis, inte ändrar någon av de rättigheter eller skyldigheter som fastställs i EUF-fördraget eller i de olika förordningar som reglerar förfarandena för statligt stöd, möjliggör dessa regler om bästa praxis att klargöra syftet med, varaktigheten av och reglerna för dessa informella kontakter.

87 Enligt punkt 10 i reglerna om bästa praxis, ger fasen före anmälan kommissionens avdelningar och medlemsstaten möjlighet att tillsammans före anmälan på ett informellt sätt diskutera de rättsliga och ekonomiska aspekterna av ett planerat stödprojekt, vilket i sin tur leder till bättre och fullständigare anmälningar. Denna fas bereder därför vägen för en snabbare handläggning av anmälningar när de formellt har lämnats in till kommissionen.

88 Såsom framgår av reglerna om bästa praxis syftar fasen före anmälan till att underlätta anmälan av det planerade projektet, för att möjliggöra för kommissionen att på bästa möjliga sätt göra sin preliminära granskning redan från mottagandet av anmälan. Enligt artikel 2.2 i förordning nr 659/1999 ska anmälan innehålla alla nödvändiga upplysningar för att kommissionen ska kunna fatta ett beslut enligt artikel 4 (beslut om preliminär granskning av anmälan) och artikel 7 (beslut om att avsluta det formella granskningsförfarandet) i denna förordning.

89 Det främsta syftet med föranmälningsfasen är således att minska risken för att anmälan anses vara ofullständig, vilket skulle försena granskningsförfarandet för det anmälda projektet. Enligt artikel 5.1 i förordning nr 659/1999 kan kommissionen begära alla nödvändiga ytterligare upplysningar under den preliminära granskningsfasen om den anser att de uppgifter som lämnats är ofullständiga.

90 Föranmälningsfasen syftar däremot inte, i synnerhet när det gäller särskilt nya eller komplicerade fall, till att bedöma den anmälda åtgärdens förenlighet med den inre marknaden. Kommissionen har dessutom i punkt 16 i reglerna om bästa praxis uppgett att dess avdelningar i ett sådant fall i princip inte kommer ge en ”informell, inledande bedömning” i slutet av föranmälningsfasen om utkastet till anmälan är fullständigt och om det planerade projektet vid en första granskning är förenligt med den inre marknaden. Under alla omständigheten kan sådana uppgifter som kommissionen lämnade inom ramen för de informella förhandskontakter som ägde rum under föranmälningsfasen inte betraktas som ett officiellt ställningstagande från kommissionen som antagits inom ramen för granskningen av anmälan.

91 Såsom anges i artikel 4.1 i förordning nr 659/1999 ska nämligen kommissionen göra en prövning först efter mottagandet av anmälan. Ett tidigare uttalande om huruvida anmälan av det planerade projektet är fullständigt kan därför enligt de tillämpliga bestämmelserna inte likställas med en bedömning i samband med det förfarande för kontroll av statligt stöd som föreskrivs i EUF-fördraget och förordning nr 659/1999. Kommissionen får inte förväxla den eventuellt föregående fasen för förberedande av anmälan med granskningsfasen som inledningsvis är preliminär, och därefter, i förekommande fall, formell, om denna visar sig vara nödvändig för att möjliggöra för kommissionen att inhämta alla de uppgifter som den behöver för att bedöma stödets förenlighet och för detta ändamål inhämta synpunkter från de berörda parterna.

92 I detta sammanhang framgår för det första av anmälan att föranmälningsfasen, som inbegriper kontakter före anmälan mellan kommissionen och den berörda medlemsstaten, var betydligt längre än den period på två månader som föreskrivs, som allmän regel, i reglerna om bästa praxis.

93 Förenade kungarikets regering påbörjade arbetet med att upprätta en kapacitetsmarknad 2010. Från och med december 2012, det vill säga ungefär 18 månader innan kommissionen skulle göra en preliminär granskning av anmälan enligt artikel 4 i förordning nr 659/1999 underrättade Förenade kungariket kommissionen om innehållet i den planerade åtgärden.

94 Inom ramen för dessa informella kontakter skickade kommissionen Förenade kungariket en första uppsättning frågor om denna åtgärd som Förenade kungariket besvarade i juli 2013.

95 Av anmälan framgår också att kommissionen den 25 mars 2014 skickade Förenade kungariket en andra uppsättning frågor. Inom ramen för dessa 47 frågor uppmanade kommissionen Förenade kungariket bland annat att tillhandahålla information om sammanlänkningens roll, efterfrågestyrningens möjlighet att delta i kapacitetsmarknaden eller om de olika löptiderna för de avtal som erbjöds producenterna. Till exempel uppmanade kommissionen i fråga 32 Förenade kungariket att ange om operatörerna på efterfrågesidan skulle tillåtas att delta i kapacitetsmarknaden, och hur de skulle behandlas. Kommissionen önskade på samma sätt genom fråga 33 få klarhet i i vilken omfattning den sammanlänkade kapaciteten skulle beaktas. Den 31 mars 2014 besvarade Förenade kungariket dessa frågor och överlämnade en uppdaterad version av den planerade åtgärden till kommissionen.

96 Den 17 juni 2014 underrättade kommissionen – enligt en skrivelse från Förenade kungariket av den 27 juni 2014 som ingavs av kommissionen till tribunalen – Förenade kungariket ”efter en preliminär bedömning” som gjordes utanför den formella ram som avses i artikel 4 i förordning nr 659/1999, eftersom den preliminära granskningen först inleds när anmälan mottagits, att den vid första anblicken ansåg att kapacitetsmarknaden var förenlig med artikel 107.3 c FEUF mot bakgrund av riktlinjerna.

97 Samma dag, den 17 juni 2014, skickade kommissionen Förenade kungariket en tredje uppsättning frågor om bland annat den planerade åtgärdens stimulerande effekt, dess proportionalitet och eventuell diskriminering mellan kapacitetsleverantörer. Förenade kungariket besvarade dessa frågor direkt i anmälan, bland annat i bilaga H som var bifogad anmälan, och lämnade en sammanfattning av dessa svar i sin ovannämnda skrivelse av den 27 juni 2014.

98 Mot bakgrund av riktlinjerna (se särskilt punkterna 3.9.4, 3.9.5 och 3.9.6) ska det emellertid påpekas att frågorna om den stimulerande effekten, proportionaliteten och förekomsten av eventuell diskriminering hör till de frågor som måste bedömas inom ramen för prövningen av förenligheten av en stödåtgärd för att säkerställa tillräcklig produktionskapacitet, såsom den omtvistade åtgärden. Med andra ord ansåg kommissionen redan i detta skede, på ett motstridigt sätt och trots den omständigheten att en sådan ”informell, inledande bedömning” som inte är bindande inte föreskrevs i punkt 16 i reglerna om bästa praxis i sådana fall som omfattar särskilt nya och komplicerade aspekter, redan innan den preliminära granskningen enligt förordning nr 659/1999, att den planerade åtgärden, vid första anblicken, var förenlig med gällande regler, samtidigt som den fann att det finns ett behov att inhämta uppgifter om de viktiga aspekterna i en sådan granskning.

99 För det andra anordnade Förenade kungariket, parallellt med ovannämnda diskussioner mellan Förenade kungariket och kommissionen, från den 10 oktober till den 24 december 2013, ett nationellt offentligt samråd om den planerade kapacitetsmarknaden. Samrådet berörde emellertid inte frågan om åtgärdens förenlighet enligt de tillämpliga reglerna om statligt stöd. Inom ramen för detta samråd hänvisades enbart till behovet av ett föregående tillstånd från kommissionen för genomförande av den planerade åtgärden.

100 Det kan i detta avseende, såsom framgår av vissa av de argument som anförts av Förenade kungariket och kommissionen, inte anses, att ett sådant nationellt samråd kan likställas med ett förfarande som gör det möjligt för de berörda parterna att lämna synpunkter, vilket skulle ha varit fallet om kommissionen hade inlett det formella granskningsförfarandet. Den berörda medlemsstaten, som betalar ut stödet, kan inom ramen för förfarandet för kontroll av statligt stöd inte ersätta kommissionen som, i egenskap av fördragens väktare och i enlighet med artikel 108 FEUF ska granska alla planer på att vidta stödåtgärder. Det ankommer på kommissionen och inte på medlemsstaten, i förekommande fall och i samband med det förfarande som föreskrivs i detta syfte, att inhämta alla de upplysningar den behöver för att bedöma stödets förenlighet. På samma sätt ska de berörda parterna lämna sina synpunkter till kommissionen och inte till den medlemsstat som betalar ut stödet om de anser att detta är nödvändigt för att kommissionen ska kunna fatta ett välgrundat beslut om stödets förenlighet.

101 För det tredje, även om kommissionen anser att den inte har mottagit något klagomål (se punkt 75 ovan) framgår av anmälan och av det angripna beslutet att tre kategorier av operatörer, på grundval av den information som de hade tillgång till vid den tidpunkt då de vidtog åtgärder, självmant önskade att lämna synpunkter direkt till kommissionen om stödets förenlighet.

102 Den 30 maj och den 26 juni 2014 mottog kommissionen synpunkter från en leverantör av balanstjänster som gjorde gällande att stödet var oförenligt med riktlinjerna (se skälen 96 och 97 i det angripna beslutet).

103 Den 9 juni 2014 mottog kommissionen synpunkter från UK Demand Response Association (UKDRA, sammanslutning för efterfrågestyrning i Förenade kungariket) som likaledes hävdade att den planerade åtgärden stred mot riktlinjerna. UKDRA hänvisade i synnerhet till att löptiderna för de avtal som ingicks med operatörer på efterfrågesidan och producenter var olika, det ömsesidiga uteslutandet vad gäller deltagandet i övergångsauktioner och deltagandet i varaktiga auktioner, metoden för kapacitetsmarknadens kostnadstäckning, och underlåtenheten att ta hänsyn till den inverkan som efterfrågestyrningen hade på kostnaderna för överföring och distribution av elektricitet. UKDRA

anförde också att det planerade projektet hade ändrats väsentligt sedan det nationella samrådet genomfördes av Förenade kungariket, bland annat för att främja produktionen av el från fossila bränslen (se skälen 101 och 102 i det angripna beslutet).

104 Slutligen mottog kommissionen den 25 juni och den 3 juli 2014 skrivelser från en aktör som har förvärvat befintliga anläggningar. Denna aktör hävdade att skillnaden i behandling mellan befintliga och nya anläggningar – förstnämnda kunde i motsats till sistnämnda enbart ingå avtal med en löptid på ett år – inte var förenlig med unionsrätten (se skälen 98–100 i det angripna beslutet).

105 Förenade kungarikets synpunkter som framfördes som svar på dessa åtgärder överlämnades till kommissionen i bilaga I som bifogats anmälan. Förenade kungariket anförde i detta avseende att den tagit ställning till de argument som framförts i de två ”klagomål” som kommissionen hade bifogat till den tredje uppsättningen av frågor som ställts den 17 juni 2014 (nämligen de klagomål som framfördes den 30 maj 2014 och 9 juni 2014) och de argument som framförts i ett ”annat klagomål”, som, enligt Förenade kungariket, inom kort skulle inges till kommissionen av en aktör som förvärvat befintliga anläggningar (se skälen 103–107 i det angripna beslutet, under rubriken ”Förenade kungarikets synpunkter”). I ett e-postmeddelande av den 28 juni 2014 som var riktat till kommissionen inlämnade Förenade kungariket bland de uppgifter som avsåg avtalens löptid, förvaltning av en lagringsanläggning och kärnenergi, en tabell som innehöll en sammanställning av skillnaderna i behandling mellan kapacitetsleverantörer. I detta sammanhang erinrade Förenade kungariket även om att ”anmälan, för varje klagomål, inneh[öll] ytterligare information, främst i bilaga I”.

106 Av vad som anförts ovan följer att föranmälningsfasen varade betydligt längre än de två månader som föreskrivs, som allmän regel, i reglerna om bästa praxis.

107 Det framgår också att den planerade åtgärden förutom att den redan från början gav upphov till flera svårigheter som kommissionen fastställde inom ramen för föranmälningsfasen, även fortsatte att ge upphov till sådana svårigheter i slutet av denna fas. Efter mer än ett år av informella kontakter ställde kommissionen frågor till Förenade kungariket rörande sammanlänkningens roll, efterfrågestyrningens status och skillnaderna i behandlingen av producenter. Efter det informella förfarandet uppmanade kommissionen Förenade kungariket att klargöra flera frågor som tas upp i riktlinjerna som utgör ramen för analysen av den planerade åtgärd som skulle träda i kraft.

108 Trots det förhållandet att kommissionen först skulle inleda den preliminära granskningen av anmälan och tre olika kategorier av operatörer hade vänt sig till kommissionen för att framföra sina betänkligheter om den planerade åtgärdens förenlighet med den inre marknaden ansåg den i detta skede av förfarandet att det inte förelåg några tveksamheter och att det därför inte var nödvändigt att inhämta synpunkter från de berörda parterna om de olika val som Förenade kungariket gjort i anmälan.

109 Längden på föranmälningsfasen och omständigheterna kring denna fas som vittnar om de svårigheter som föranleds av behovet av att inhämta relevant information för att möjliggöra för kommissionen att granska anmälan av stödordningen i enlighet med de relevanta bestämmelserna i EUF-fördraget, i förordning nr 659/1999 och i riktlinjerna, och de olika synpunkter som lämnats avseende denna stödordning av tre olika kategorier av operatörer, innebär under dessa förhållanden att det inte kan anses att den korta längden på det preliminära granskningsförfarandet utgör ett tecken på att det inte föreligger några tveksamheter om stödordningens förenlighet med den inre marknaden, utan de kan tvärtom tyda på att sådana tveksamheter föreligger.

110 Dessutom framgår inte av handlingarna i målet att kommissionen under den månad under vilken den ägnat sig åt den preliminära granskningen av anmälan gjorde en särskild utredning i sak för att fastställa vilken roll efterfrågestyrningen spelade inom ramen för kapacitetsmarknaden. Den enda handling som kommissionen lämnade till tribunalen i detta avseende är ett e-postmeddelande från

Förenade kungariket av den 28 juni 2014 (se ovan punkt 105). I detta e-postmeddelande tillhandahöll Förenade kungariket bland annat en sammanfattning, i form av en tabell, av skillnaderna i behandling mellan kapacitetsleverantörer som svar på de betänkligheter som uttryckts i detta avseende, troligen av den aktör som förvärvat befintliga anläggningar. I det angripna beslutet hänvisas inte till denna skriftväxling formellt och det gör det inte heller möjligt att visa att kommissionen efter att ha mottagit denna tabell eller andra uppgifter i detta e-postmeddelande ställt frågor rörande deras innehåll vad gäller den roll som efterfrågestyrningen hade på kapacitetsmarknaden antingen återigen till Förenade kungariket eller till de berörda parterna. Under alla omständigheter utgör denna tabell enbart en sammanfattning av de skillnader som finns på kapacitetsmarknaden, för vilken det redogjorts i anmälan, mellan följande tre kategorier av operatörer: För det första befintliga anläggningar och renoverade anläggningar, för det andra nya anläggningar och för det tredje operatörer på efterfrågesidan. Denna handling innehåller inte några uppgifter som möjliggör för kommissionen att göra en oberoende bedömning mot bakgrund av de kriterier som fastställs i riktlinjerna (se i detta avseende punkt 117 och följande punkter).

111 Av det ovan anförda framgår följaktligen vad beträffar varaktigheten av diskussionerna mellan medlemsstaten och kommissionen och omständigheterna kring antagandet av det angripna beslutet, att den anmälda åtgärden är väsentlig, komplex och ny, och att den gav upphov till en lång föranmälningsfas under vilken kommissionen ställde ett stort antal frågor till Förenade kungariket i syfte att få viktiga klargöranden, i synnerhet vad gäller bedömningen av åtgärden mot bakgrund av riktlinjerna. Härav framgår även att denna åtgärd ifrågasattes i tre avseenden av olika aktörer som skulle gagnas av denna.

112 Av handlingarna i målet framgår inte heller att kommissionen i en sådan situation genomförde en särskild utredning under den preliminära granskningen avseende de uppgifter som Förenade kungariket lämnat vad gäller efterfrågestyrningens roll på kapacitetsmarknaden.

113 Med beaktande av egenskaperna hos den omtvistade stödordningen och särdragen hos föranmälningsfasen, befann sig kommissionen inte i en situation i vilken den enbart kunde förlita sig på de uppgifter som den berörda medlemsstaten hade lämnat, utan att göra en egen bedömning för att undersöka och vid behov söka, i förekommande fall, hos andra berörda parter, information som är relevant för dess bedömning (se ovan punkt 69).

114 Eftersom kommissionen inte har lämnat några uppgifter som styrker att en sådan granskning genomfördes, kan det konstateras att den i förevarande fall enbart har begärt och återgett de uppgifter som lämnats av den berörda medlemsstaten, utan att göra någon egen analys i detta avseende.

115 Såsom Tempus har anfört tyder sådana omständigheter på att det förelåg tveksamhet om den anmälda åtgärdens förenlighet med den inre marknaden.

116 Det ska därför undersökas om de uppgifter som rör innehållet i det angripna beslutet, med hänsyn till de synpunkter som lämnats i detta avseende av Tempus i förevarande mål också kan utgöra tecken på att kommissionen borde ha hyst tvivel efter den preliminära granskningen av den anmälda åtgärden.

d) Kommissionens bedömning under den preliminära granskningen av efterfrågestyrningens roll på kapacitetsmarknaden mot bakgrund av de tillgängliga uppgifterna

117 Tempus har gjort gällande att kommissionen inte har gjort en korrekt bedömning av den roll som efterfrågestyrningen hade på kapacitetsmarknaden, särskilt mot bakgrund av riktlinjerna som syftar till att ”underlätta” eller ”uppmuntra” efterfrågestyrning. Tempus har även hänvisat till kommissionens handlingar där behovet av att erkänna ”efterfrågesidans potentiella deltagande i systemet” för att undvika ”icke-återvinningsbara investeringar i produktionen” nämns. Kommissionen borde därför, i stället för att enbart godta Förenade kungarikets ståndpunkt att ”genomförandet av den första

auktionen i december 2014 kommer att vara avgörande för att få information om efterfrågestyrningen och dess potential" och att övergångsauktioner bör räcka (se skäl 122 i det angripna beslutet), ha krävt eller själv ha gjort en lämplig prövning av efterfrågestyrningens potential. Effekten av denna analys borde ha varit att minska "mängden produktionskapacitet", som var tillgänglig under den första T-4-auktionen och undvika slöseri med offentliga medel till nackdel för konsumenten. Det förhållandet att operatörer på efterfrågesidan kunde delta i T-1-auktionen räckte inte för att uppväga detta på grund av den låga mängden kapacitet som reserverats för dessa auktioner och Förenade kungarikets åtagande att, om möjligt, minska "mängden kapacitet som kunde erhållas under de auktioner som planerades ett år i förväg år 2017". Under dessa omständigheter var produktionen från fossila bränslen redan från början "inlåst", vilket under flera år framåt riskerade att blockera den kapacitet som hade kunnat levereras av efterfrågesidan.

118 Vidare kan de övriga åtgärder till vilka kommissionen hänvisat i sitt svaromål inte likställas med stödåtgärder för efterfrågestyrning inom ramen för stödordningen eller åtgärder som är särskilt utformade för att hantera problemet med produktionskapacitetens tillräcklighet. I motsats till vad kommissionen har hävdat i sitt svaromål är tröskelvärdet för inträde på 2 MW som är tillämpligt på operatörer på efterfrågesidan som önskar delta i auktioner inom ramen för det varaktiga systemet inte "lågt", vilket framgår av exempel från andra system, såsom kapacitetsmarknaden Pennsylvania Jersey Maryland (nedan kallat PJM) och New York Independent System Operator (nedan kallat NYISO), där inträdeströskeln är 20 gånger lägre och uppgår till 100 kW.

119 Kommissionen har påpekat att efterfrågestyrning inte i sig räcker för att förebygga risken för kapacitetsbrist. Dessutom har Tempus inte visat att kommissionen inte har utfört en korrekt analys av den roll som efterfrågestyrning kan ha och att den följaktligen borde ha hyst tvivel och därför hade skyldighet att inleda det formella granskningsförfarandet. Tempus har således inte hänvisat till allmänna stödåtgärder för efterfrågestyrning som vidtagits av Förenade kungariket oberoende av kapacitetsmarknaden. Tempus har inte heller tagit hänsyn till särdragen hos kapacitetsmarknaden i Förenade kungariket som avser att gynna efterfrågestyrning, såsom det "låga tröskelvärdet på 2 MW" som krävs för att delta i varaktiga auktioner och aggregationsvillkoren för de operatörer vars kapacitetsmarknadsenheter understiger detta tröskelvärde. Slutligen är efterfrågestyrningen inte utesluten från T-4-auktioner och operatörer på efterfrågesidan kan lämna anbud för samma avtalsperiod som befintliga producenter. Risken för "inlåsning" av kapacitet har minimerats och eventuella återstående risker uppvägs av de positiva effekterna av främjandet av nya investeringar för att möta den utmaning som produktionskapacitetens tillräcklighet utgör.

120 Förenade kungariket anser att Tempus har kritiserat den för att inte ha vidtagit ytterligare åtgärder för att uppmuntra och underlätta efterfrågestyrningen, utan att ha anfört att det föreligger tveksamhet i fråga om kapacitetsmarknadens förenlighet med den inre marknaden. Efterfrågestyrning räcker inte i sig för att säkerställa försörjningstrygghet. Även om det är viktigt att operatörerna på efterfrågesidan fullt ut kan delta i kapacitetsmarknaden, har denna inte i första hand utformats för att uppmuntra dem att göra detta. Förenade kungariket har bestritt att tilldelning av kapacitetsavtal till befintliga eller nya producenter skulle vara slöseri med resurser mot bakgrund av betydelsen av sådana avtal för att uppnå målet att säkerställa försörjningstrygghet.

1) Likvärdighet och intresset av produktion och efterfrågestyrning

121 Av svaren på de skriftliga frågor som tribunalen ställde den 5 maj 2017 framgår att kommissionen har erkänt att särskilt för genomförandet av punkt 232 a i riktlinjerna, såväl den kapacitet som tillhandahålls av producenter, som den kapacitet som tillhandahålls av operatörer på efterfrågesidan kan bidra till att lösa det problem med produktionskapacitetens tillräcklighet som identifierats av Förenade kungariket. Kommissionen, som tillfrågades på den punkten, påpekade att "de både typerna

av kapaciteter på grund av deras tekniska egenskaper i princip kan bidra till att hantera de återstående marknadsmisslyckanden som har konstaterats av Förenade kungariket (bland annat ”problemet ’missing money’” som nämns i skäl 85 i det angripna beslutet).

122 Kommissionen delar också Tempus uppfattning att begreppet teknisk likvärdighet inte innebär att det som jämförs är identiskt.

123 Kommissionen har således framhållit följande i sitt svar:

”Det bör emellertid noteras att de båda typerna av kapacitet har sina särskilda förmågor och fördelar. Ny produktionskapacitet (bland annat förnybar energi) är en nödvändig grund för inmatning av el i nätet, medan övre gränser och förändringar i efterfrågan under perioder av hög belastning genom efterfrågestyrning kan minska behovet av produktionskapacitet som enbart behövs för ett begränsat antal timmar under året (och det skulle därför vara för dyrt att skapa ny produktionskapacitet för detta ändamål).”

124 Tempus har i detta avseende anfört följande:

”… efterfrågestyrningen har visat att den kunnat överstiga minimikraven på teknisk prestanda för att tillhandahålla kapacitet, i synnerhet när lagstiftarna tar sig tid att förstå karaktären av efterfrågestyrningen och utformar regelverk för att på bästa sätt underlätta och uppmuntra den. Efterfrågestyrning är inte detsamma som produktion och ska inte vara det. ’Motsvarande teknisk prestanda’ betyder inte samma prestanda, utan innebär enbart en teknisk förmåga att uppnå samma resultat/effekt… Ett säkert och pålitligt energisystem kräver att det finns olika källor som har olika fördelar, Efterfrågestyrning är inte enbart en flexibel och lönsam kapacitetskälla, utan medför även en sänkning av kostnaderna genom att minska det tryck som finns på infrastrukturen för distribution och överföring och genom att minska behovet av en kostsam modernisering av infrastrukturerna. Den förbättrar nätets tillförlitlighet, ökar konsumenters medvetenhet och medverkan, främjar innovation och konkurrens på försörjningsmarknaden, ökar värdet och lönsamheten av intermittent förnybar energiproduktion genom att matcha försörjningsmönster utan att behöva fördubbla produktionen från nödanläggningar med fossila bränslen, och spelar sammantaget en unik och viktig roll genom att säkerställa energiförsörjningen till lägsta möjliga kostnad för konsumenterna.”

125 Av vad som anförts ovan framgår att även om såväl produktion som efterfrågestyrning kan bidra till att lösa det problem med produktionskapacitetens tillräcklighet som Förenade kungariket har identifierat, har var och en av dessa verksamheter sina fördelar. Produktionskapacitet matar in elektricitet i nätet, medan efterfrågestyrningskapacitet gör det möjligt att begränsa och förändra efterfrågan under perioder med hög belastning, och därmed minska behovet av produktionskapacitet som enbart behövs för ett begränsat antal timmar under året, varigenom man undviker att skapa ny produktionskapacitet som under dessa omständigheter skulle vara för dyr.

126 Enligt punkt 232 a i riktlinjerna ålåg det följaktligen kommissionen att säkerställa att stödordningen utformades så att efterfrågesidan kunde delta på samma sätt som producenterna, eftersom motsvarande kapaciteter gör det möjligt att på ett effektivt sätt lösa problemet med produktionskapacitetens tillräcklighet.

127 I detta sammanhang ska, såsom bland annat framgår av punkt 226 i riktlinjerna, stödåtgärderna vara öppna och på lämpligt sätt stimulera de berörda operatörerna.

128 Den centrala frågan i detta mål är således inte om efterfrågestyrning kan vara av betydelse för att främja en välfungerande kapacitetsmarknad, vilket faktiskt är fallet, och inte heller, såsom kommissionen och Förenade kungariket har gjort gällande, om den som sådan på kort sikt kan bidra

till att lösa problemet med kapacitetens tillräcklighet, vilket Tempus inte har hävdat. Den avgörande frågan är snarare om den roll som efterfrågestyrning kan spela har utvärderats i tillräckligt hög grad mot bakgrund av de principer som fastställs i riktlinjerna.

129 Det är mot bakgrund av vad som anförts ovan som Tempus argument ska prövas inom ramen för vilka Tempus har kritiserat kommissionen för att ha godkänt den omtvistade åtgärden, efter en inledande granskning som varade en månad, utan att inleda det formella granskningsförfarandet som föreskrivs för att möjliggöra för kommissionen att inhämta alla de upplysningar den hade behövt för att bedöma stödets förenlighet och för att ge de berörda parterna tillfälle att lämna synpunkter.

2) Efterfrågestyrningens positiva roll

130 Såsom framgår av kommissionens dokument av den 5 november 2013 med rubriken ”Commission Staff Working Document, Generation Adequacy in the internal electricity market - guidance on public interventions” (SWD(2013) 438 final), till vilket Förenade kungariket hänvisat i punkt 219 i anmälan ska ”kapacitetsmekanismerna utformas med fullt beaktande av efterfrågestyrningens särskilda egenskaper, snarare än genom att fastställa produkter utifrån antagandet att de kommer att säkerställas av den nya produktionen”.

131 I detta sammanhang betonade Förenade kungariket i punkt 220 i anmälan att ”efterfrågestyrningen kunde tillhandahålla tillförlitlig kapacitet och var ett mer lönsamt sätt att säkerställa försörjningstrygghet”. I samma punkt, framställde Förenade kungariket efterfrågestyrning som ett för konsumenterna billigare alternativ till investeringar i produktionskapacitet. För den medlemsstaten utgör en större utveckling av efterfrågestyrningen ett viktigt steg mot en mer effektiv elmarknad, där deltagarna bättre reagerar på prissignaler genom att minska efterfrågan när det är brist på el och priserna är höga, eller genom att förbruka el när produktionen överstiger efterfrågan.

132 Förenade kungariket anförde vidare i punkterna 61 och 188 i anmälan att efterfrågesidans deltagande på kapacitetsmarknaden gynnade konkurrensen på denna marknad, men även mer allmänt på energimarknaden.

133 Förenade kungariket betonade i sin anmälan att ju viktigare efterfrågestyrningen blir, desto mindre blir behovet av kapacitetsmarknaden. Förenade kungariket har anfört att kapacitetsmarknaden kommer att avskaffas när den inte längre kommer att vara nödvändig, vilket borde ske med den progressiva utvecklingen av efterfrågestyrningen (se sidorna 7, 8, 45 och 46 i anmälan).

134 Denna bedömning överensstämmer i huvudsak med den som Tempus gjorde i ansökan, där Tempus anförde att tekniken med efterfrågestyrning gör det möjligt för kunderna att senarelägga konkreta behov som inte omfattas av tidsrestriktioner och därigenom avlasta perioder med hög efterfrågan. En optimerad förbrukning som reagerar snabbt, ersätter således en sedvanlig förbrukning. I detta sammanhang utgör efterfrågestyrning, som gör det möjligt att minska efterfrågetopparna eller att minska dessa när produktionen är begränsad, ett alternativ till produktion, särskilt till den mest miljöbelastande produktionen.

135 Dessa uttalanden såväl från Förenade kungariket som från Tempus, avspeglar den verkliga potential som efterfrågestyrningen har inom kapacitetsmarknaden. Ju snabbare och ju precisare denna del av kombinationen av tekniker beaktas, desto mindre anledning kommer det finnas för Förenade kungariket att använda produktionskapacitet för att lösa problemet med produktionskapacitetens tillräcklighet.

3) Tillgängliga uppgifter om efterfrågestyrningens potential

136 Det bör påpekas att Förenade kungariket i bilaga B till anmälan med rubriken ”UK Checklist against the Commission Staff Working Document on Generation Adequacy in the internal electricity market - guidance on public interventions”, besvarade en fråga om huruvida ”efterfrågestyrningens potential och en realistisk tidsram för genomförandet av denna hade beaktats i analysen av [behovet av kapacitet]” på följande sätt:

”Efterfrågestyrningen bör gynnas av ett direkt deltagande i kapacitetsmarknaden, och deltagandet i övergångsordningen. … National Grid kommer varje år att utvärdera mängden av aktuellt tillgänglig efterfrågestyrning, och kommer att uppskatta den potentiella efterfrågestyrning som kan uppkomma under en viss period, inom ramen för den analys som kommer att ligga till grund för antagandet av beslutet om den mängd kapacitet som kan förvärvas på auktionerna. I Förenta staterna har PJM-kapacitetsmarknaden gjort det möjligt för efterfrågestyrningen att tillhandahålla ungefär 15 GW på 10 år (denna siffra uppnåddes enligt tabellen för leveransåret 2015/2016]. PJM-kapacitetsmarknaden är emellertid ungefär tre gånger större än efterfrågan på marknaden i Förenade kungariket. National Grid anser att efterfrågestyrningen kan tillhandahålla en kapacitet på ungefär 3 GW 2018/19. Uppskattningar avseende utvecklingen av efterfrågestyrningen är mycket osäkra och svåra att erhålla. Övergångsordningen kommer emellertid att främja utvecklingen av denna sektor och uppmuntra operatörer på efterfrågesidan till ett större deltagande i den viktigaste kapacitetsmarknaden.”

137 Förenade kungariket har i punkt 221 i anmälan även hänvisat till de resultat som konstaterats i Förenta staterna och anfört att ”uppgifter från Förenta staterna har visat att kapacitetsmarknader med centraliserade auktioner har främjat efterfrågestyrning på ett mycket framgångsrikt sätt”. Såsom framgår av det diagram som Förenade kungariket infogat i anmälan översteg från och med 2012/2013 den kapacitet som tillhandahålls genom efterfrågestyrning inom ramen för årliga auktioner på PJM-kapacitetmarknaden mer än 5 GW, och uppnådde 15 GW för de avtal som hade tilldelats 2015/2016.

138 När Tempus tillfrågades om de olika uppgifter som fanns tillgängliga vad gäller bedömningen av efterfrågestyrningens potential, hänvisade Tempus bland annat till de rapporter som hade utarbetats av Sustainability first i september 2012 och januari 2014, som hade beställts av de stora aktörerna på elmarknaden, bland annat National Grid, och påpekade att det i dessa nämndes att 4–5 GW kapacitet som tillhandahölls genom efterfrågestyrning för närvarande kunde omfördelas från kunder inom industrisektorn. Andra uppgifter som lämnats av Tempus, som grundade sig på en rapport från Element Energy – De Montfort University Leicester, med rubriken ”Demand side response in the non-domestic sector ” från juli 2012, gjorde det möjligt att fastställa att mellan 1,2 GW och 4,4 GW kunde ha överförts en vinterdag med hög efterfrågan år 2012 från icke-industriella byggnader som inte är avsedda för bostadsändamål. För Tempus innebär detta att minst 5 GW, eller till och med mer, kunde ha tillhandahållits genom efterfrågestyrning och beaktats på kapacitetsmarknaden.

139 Av det angripna beslutet framgår slutligen att kommissionen vid den tidpunkt då den uttalade sig om den anmälda stödordningen hade kännedom om rapporten från den tekniska expertpanelen (nedan kallad PTE), som myndigheterna i Förenade kungariket hade anförtrott uppgiften att granska rekommendationerna från National Grid vad gäller den kapacitet som skulle auktioneras ut på kapacitetsmarknaden i december 2014, som offentliggjordes den 30 juni 2014 av ministeriet för energi och klimatförändring i Förenade kungariket (nedan kallat DECC). Kommissionen har även hänvisat till slutsatserna i PTE:s rapport i skäl 120 i det angripna beslutet.

140 Enligt denna rapport, i vilken det redogörs för det arbete som utförts av dessa tekniska experter från februari 2014, kunde ett antal synpunkter lämnas vad avser det kommande genomförandet av den första T-4-auktionen i december 2014 för år 2018/2019.

141 För det första har PTE, i samband med redogörelsen för sitt tillvägagångssätt vid prövningen av National Grids bedömning, påpekat följande i punkt 19 i sin rapport för att särskilt erinra om betydelsen av de erfarenheter som förvärvats i fråga om andra kapacitetsmarknader, särskilt PJM-kapacitetsmarknaden, beträffande integreringen av efterfrågestyrning i praktiken:

”Panelen har även grundat sig på de erfarenheter som dess medlemmar förvärvat på andra marknader som omfattar en sådan kapacitetsmekanism, såsom PJM och New England, och dess erfarenheter på andra viktiga områden där behovet av inköp av kapacitet tar hänsyn till efterfrågan. Panelen är övertygad om att DECC grundade sig på erfarenheterna från PJM, men är fortfarande oroad över att det inte har förelagts tillräcklig bevisning om efterfrågesidans potentiella bidrag, särskilt om i vilken utsträckning den integrerade produktionen skulle kunna bli tillgänglig efter en viss anpassning och aggregering, och i vilken utsträckning [kombinerad produktion av värme och el] kan tillhandahålla ytterligare el till systemet till en nivå som överstiger dess egna efterfrågan under perioder med hög belastning.”

142 För det andra har PTE vid granskningen av efterfrågestyrningens potentiella bidrag på kapacitetsmarknaden, påpekat följande i punkterna 96–106 i denna rapport:

”96. Begreppet distribuerade energiresurser (DER) är det begrepp vi föredrar vid granskningen av det bidrag som kan tillföras för att hantera sådana situationer där producenter som är anslutna till överföringssystemet inte kan tillgodose efterfrågan på el. Vi föredrar det begreppet framför det vanligare ’efterfrågestyrning’ som verkar utgå från att efterfrågans enda (eller viktigaste) bidrag består i en tillfällig minskning av efterfrågan. Begreppet DER hänvisar emellertid till hela spektrumet av instrument, annat än uppförandet av nya kraftverk, som kan bidra till den nödvändiga lösningen av kapacitetsproblem. Det är angeläget att börja inhämta mer information på detta område för att skapa underlag för kommande beslut, särskilt som det inte finns någon övergripande organisation som undersöker hela elsystemet. Det rör sig om följande instrument a) direkt reglering av belastningen, b) integrerad produktion, c) ersättningsproduktion, d) efterfrågestyrning, e) energieffektivitet, f) ersättning av bränsletyper (till exempel gasförbränning i stället för elektricitet), g) frånkopplingsbar belastning, h) integrerat projekt för efterfrågestyrning (till exempel användning av batterier för parkerade elbilar som reservkraft), i) förflyttning av belastning, j) smart mätning, k) korrigering av effektfaktor.

97. Vid bedömningen av den modell som fastställs ska erkännas att förteckningen över de kandidater som kan tillhandahålla kapacitet på efterfrågesidan är relativt lång. Det bör också påpekas att det finns kvalitativa skillnader mellan dessa instrument.

98. Till exempel kan förflyttningen av belastningen bestå i att stimulera en användare som förbrukar el för kylning att minska sin efterfrågan under ett par timmar och använda sig av termisk tröghet för att undgå skada. En sådan användare kan mycket väl ingå ett leveransavtal med en löptid på (till exempel) två år, som omförhandlas varje år eller vartannat år. I detta fall skulle konsumenten vara uppmärksam på signaler från kortfristiga auktioner.

99. Vidare kan ett annat potentiellt instrument övervägas, nämligen uppförandet av en kraftvärmeanläggning eller ett energiförvaltningssystem i byggnader för att optimera efterfrågestyrningen, men för att erhålla finansiering krävs säkerhet, vilket ett långsiktigt kapacitetsavtal ger. Följande fråga är av avgörande betydelse: För att bedöma vad efterfrågestyrning kan möjliggöra är det nödvändigt att fastställa de potentiella instrument som troligen kommer att reagera på kapacitetsmarknadens signaler och de som inte kommer att reagera på grund av att incitamenten inte tillgodoser de berörda aktörernas behov.

100. Det kan påpekas att DECC:s metod för att fastställa i vilken utsträckning DSR har bidragit till kapaciteten är helt i linje med de tillvägagångssätt som antagits i New England och av PJM (med undantag för inverkan på förluster). Härigenom ges därför en möjlighet att bekräfta antaganden genom att jämföra och ställa dessa system mot varandra.

101. Under samtalen med DECC och [National Grid] blev vi medvetna om att det ännu inte finns lika stor förståelse för efterfrågestyrning som för den traditionella produktionen. Det är inte fråga om kritik, eftersom detta inte ingår i [National Grid]s roll. National Grid är en aktör som är helt skild från distributionsnätoperatörer och godkända elleverantörer och det finns ingen som har både fullständig och detaljerad förståelse av uppgifter rörande dels efterfrågan, dels skälen till att införskaffa dessa uppgifter. Till exempel är svaren på frågor om 'den genomsnittliga tillgängligheten till kraftvärme vid begränsningar i systemet' okända, även om det årliga genomsnittet är känt.

102. Av alla dessa skäl förstår vi helt och fullt att NG [National Grid] inte kunde göra en analys av efterfrågestyrning med den noggrannhet och kvalitet som hittills har kännetecknat en stor del av dess övriga verksamheter. Detta innebär emellertid att det är angeläget att inrätta en systematisk process som gör det möjligt att säkerställa att resurserna från efterfrågestyrning inte slösas bort och att den brist som beror på felaktig användning av dessa resurser inte avhjälps genom ny produktionskapacitet.

…

104. Även om panelen inte har påstått att den har kännedom om alla de resurser som är potentiellt tillgängliga till följd av efterfrågestyrningen, anser den att den nuvarande strukturen bygger på relativt försiktiga antaganden om den kapacitet som kan erhållas. Det ska i detta avseende påpekas att kapacitetsmekanismen är lämpligare för vissa beteenden, metoder och tekniker än för andra.

105. Även om de internationella erfarenheter som förvärvats i fråga om DER, särskilt i Förenta staterna, som panelen har redogjort för, visar att DER potentiellt kan bidra till kapacitetsmarknaderna på ett verkningsfullt och relevant sätt (vilket har lett till ett minskat behov av ytterligare produktionskapacitet), måste ambitionerna vara mer blygsamma inom ramen för den struktur som för närvarande planeras för Förenade kungariket. Som ytterligare skäl till dessa blygsamma ambitioner kan till exempel framhållas att traditionella producenter kommer att erhålla betalningar och intäkter kopplade till användningen av överföringsnätet inom ramen för kapacitetsmekanismen, medan decentraliserade producenter skulle kunna gynnas av mindre incitament än de traditionella producenterna om de inte kan få tillgång till både de fördelar som det förhållandet att triader undviks medför och fördelar i form av intäkter som följer av kapacitetsmekanismen.

106. På grundval av panelens tolkning av den kapacitetsmarknad som föreslås för DER, anser vi att den fulla potential som har visats på andra marknader med kapacitetsauktioner, särskilt de i Förenat staterna, kommer att användas på ett begränsat sätt och att det för att förstå denna aspekt krävs mycket bättre kunskaper om det spektrum av instrument som finns tillgängliga för efterfrågestyrning. Den grundläggande konsekvensen för uppförandet av en modell är att inverkan av efterfrågestyrningen på den efterfrågan som förutses under perioder med hög efterfrågan, som är den avgörande faktorn för fastställandet av den kapacitet som det är nödvändigt att köpa, inte kan ifrågasättas så lätt som man skulle kunna förvänta sig."

143 Såsom Tempus påpekade i sin ansökan framhålls i denna analys det trängande behovet av att fastställa lämpliga incitament för att möjliggöra för efterfrågestyrningen att faktiskt delta i kapacitetsmarknaden med fullt beaktande av dess potential. Konsekvensen av en sådan granskning skulle således vara att en sådan situation undviks där regler som utarbetats av kapacitetsmarknaden skulle "fördärva"

efterfrågestyrningens potential och ersätta den med ny produktionskapacitet. I detta avseende har PTE beklagat att det för närvarande inte finns någon organisation som skulle kunna inhämta de uppgifter som är nödvändiga för att förstå och införskaffa information om efterfrågestyrningens potential, i dess olika aspekter, trots att vissa av dessa uppgifter redan finns tillgängliga.

144 Trots att PTE har kritiserat National Grid och ministeriet för energi och klimatförändring i Förenade kungariket på denna punkt, anser tribunalen att kommissionen, inom ramen för det formella granskningsförfarandet, har tillräckliga medel för att begära och få den information som är relevant för att bedöma situationen i syfte att bland annat fastställa det eventuella behovet och, i förekommande fall, hur stort incitament som krävs för att kunna utnyttja efterfrågestyrningens faktiska potential för att lösa det problem med kapacitetens tillräcklighet som identifierats av Förenade kungariket.

145 För det tredje har PTE inom ramen för sina slutsatser och rekommendationer anfört följande i punkt 6 c och punkterna 119 och 132 i sin rapport för att uttrycka den oro som den känner över avsaknaden av uppgifter om och förståelse av efterfrågestyrningen i Förenade kungariket:

”Panelen har uttryckt sin oro över bristen på information och kunskap om minskningen av efterfrågan (DSR). Den föredrar uttrycket ’distribuerade energiresurser’ (DER), som hänvisar till hela spektrumet av bidrag som kan komma från andra källor än de traditionella producenterna, medan begreppet DSR förefaller begränsa hänsynstagandet till efterfrågan till att enbart omfatta begränsningar av efterfrågan och den integrerade produktionen. Panelen har framhållit betydelsen av att inom ramen för DECC och [National Grind] utveckla en god kunskap om DER och har rekommenderat ett program för att undersöka detta område ytterligare för att i framtiden utnyttja de möjligheter som DER ger.

… Det allmänna scenario och det modellbaserade tillvägagångssätt som [National Grind] antagit är i princip giltigt och [National Grind] har även försökt att beakta den bevisning och de yttranden som framförts av de berörda parterna. Panelen var emellertid överens om att [National Grid] tenderade att inta att en alltför försiktig ståndpunkt vad avser flera viktiga antaganden, särskilt när det gäller sammanlänkningsflöden, och att [National Grid] har överdrivit den mängd som skulle inköpas. Den ansåg nämligen att dessa flöden (och väderförhållandena) utgjorde variabler i stället för att inbegripa sammanlänkningskapaciteterna på grundval av den uppskattade sannolikheten vad gäller deras tillgänglighet (såsom till exempel i fråga om en anläggning). Om däremot det nettovärde av sammanlänkningsflödet som förväntades uppgick till 2,25 GW (som till 75 procent angetts härröra från import), skulle den mängd kapacitet som ska förvärvas följaktligen minska och tack vare ytterligare mindre insatser som avser att gynna DSR och påskynda genomförandet av sammanlänkningskapaciteter samt förväntan om ett ökat utbud från kolkraftverk inom ramen för auktioner, skulle denna mängd kunna räcka för att undvika nya CCGT gaskombiverk.

Rekommendation 9: … ett forskningsprogram avseende DER:s fulla potential ska inrättas så snart som möjligt för att tillhandahålla relevant information om framtida auktioner. Särskild tonvikt bör läggas på alla de instrument som nämns i denna rapport som gör det möjligt att minska efterfrågan under perioder med hög belastning.”

146 I detta skede av tribunalens bedömning förefaller det som om kommissionen, vid den tidpunkt då den genomförde sin preliminära granskning, kunde analysera de uppgifter som inte endast gjorde det möjligt att bedöma efterfrågestyrningens aktuella roll, en teknik som myndigheterna i Förenade kungariket ansett vara tillförlitlig och lönsam, vars nytta och effektivitet redan framgår av de amerikanska exemplen, utan även att bedöma efterfrågestyrningens verkliga potential, vilket i synnerhet framgår av National Grids bedömning, till vilken Förenade kungariket har hänvisat i anmälan, enligt vilken efterfrågestyrningen kunde tillhandahålla ungefär 3 GW kapacitet 2018/2019.

147 Kommissionen var likaledes medveten om de svårigheter som PTE nämnt vad gäller beaktandet av efterfrågestyrningens potential på kapacitetsmarknaden. Liksom för beaktandet av sammanlänkningens potential där kommissionen i skäl 124 i det angripna beslutet betecknande PTE:s betänkligheter som

”allvarliga”, och såsom framgår av punkterna 141–145 ovan, fanns risken att den planerade kapacitetsmarknaden inte tog tillräcklig hänsyn till efterfrågestyrningens potential eller, mer allmänt, all potential som eventuellt kan minska behovet av att använda produktionskapacitet för att lösa problemet med produktionskapacitetens tillräcklighet.

148 Det ska i detta avseende erinras om att det av punkt 224 i riktlinjerna framgår att bedömningen av inverkan av efterfrågesidans deltagande, är en av de faktorer som ska beaktas i den prövning som kommissionen ska göra när den fattar beslut om behovet av statligt ingripande.

149 I detta sammanhang framgår emellertid av det angripna beslutet att kommissionen ansåg att det för att bedöma det faktiska beaktandet av efterfrågestyrningen, och inte längre befinna sig en situation där den i detta avseende kunde hysa tvivel om stödordningens förenlighet med den inre marknaden, var tillräckligt att godta de lösningar som Förenade kungariket föreslagit i denna fråga.

150 Såsom kommissionen har angett i skäl 122 i det angripna beslutet vid bedömningen av stödets förenlighet och behovet av statligt ingripande och efterfrågestyrnings bidrag, är det tillräckligt att påpeka följande:

– ”Förenade kungariket har gjort gällande att den första auktionen i december 2014 var avgörande för att få uppgifter om efterfrågestyrningen och dess potential” och ”Förenade kungariket förklarade att man skulle undersöka de uppgifter som inhämtats inom ramen för den första T-4-auktionen och säkerställa att efterfrågekurvorna anpassas på lämpligt sätt, vilket kommer att beaktas i National Grids process Future Energy Scenario rörande rapporterna om elektrisk kapacitet i samband med framtida auktioner.”

– ”[s]om svar på PTE:s rapport föreslog National Grid ett gemensamt projekt med Energy Network Association [Sammanslutning av energinätverk] (inbegripet Distribution Network Operators) [distributionsnätsoperatörer].”

– ”Förenade kungariket utarbetade vidare bestämmelser om övergångsauktioner för att främja utvecklingen av sektorn för efterfrågestyrning under åren 2015–2016 samt ett pilotprojekt på 20 miljoner GBP avseende energieffektivitet [Electricity Demand Reduction pilot].”

151 Kommissionen fann dessutom i skäl 128 i det angripna beslutet att den, även om stödordningen ”kunde främja produktionen från fossila bränslen”, kunde fastställa att den bedömning av problemet med kapacitetens tillräcklighet, som gjordes varje år, tog hänsyn till alla kategorier av operatörer, inklusive operatörer på efterfrågesidan (se även skälen 134 och 149 i det angripna beslutet i andra skeden i analysen). Kommissionen drog i skäl 129 i det angripna beslutet slutsatsen att ”åtgärden är teknikneutral” och således inte stärker ställningen för operatörer som producerar el från fossila bränslen.

152 Med hänsyn till de tillgängliga uppgifter som nämnts ovan och den information som kommissionen hade tillgång till med tillämpning av de medel som ställts till dess förfogande genom förordning nr 659/1999 och den viktiga roll som efterfrågestyrning kan ha på kapacitetsmarknaden, bland annat för att på bästa möjliga sätt kunna fastställa behovet av ett statligt ingripande och begränsa stödet för produktion från fossila bränslen till ett lämpligt belopp, är sådana bedömningar inte av en sådan karaktär att de möjliggör för kommissionen att skingra den tveksamhet som de uppgifter som kommissionen redan hade tillgång till eller som den kunde få tillgång till när den antog det angripna beslutet gav upphov till.

153 I synnerhet, såsom framgår av punkt 226 och punkt 232 a i riktlinjerna, enligt vilken stödåtgärden ”bör vara öppen” men även ”på lämpligt sätt stimulera både befintliga och framtida producenter och aktörer som använder ersättningsbara tekniker, såsom laststyrningsåtgärder” och ”bör vara utformad så att all kapacitet som på ett effektivt sätt kan bidra till att lösa problemet med produktionskapacitetens

tillräcklighet kan delta i åtgärden, särskilt med hänsyn till följande faktor", är det särskilt viktigt att kommissionen ser till att kapacitetsmarknaden i fråga möjliggör för alla lösningar att delta på ett effektivt för att lösa problemet med produktionskapacitetens tillräcklighet, eftersom varje lösning har sina fördelar och nackdelar.

154 I motsats till vad kommissionen har hävdat i det angripna beslutet, kunde den på grundval av tillgängliga uppgifter och med hänsyn till efterfrågestyrningens roll, i detta fall inte enbart grunda sig på åtgärdens "öppna karaktär" och följaktligen dra slutsatsen att den är teknikneutral, utan att närmare undersöka om denna tekniska lösning faktiskt hade beaktats på ett effektivt sätt på kapacitetsmarknaden.

155 Även om det framgår av det angripna beslutet att kommissionen undersökte de uppgifter som åberopats av Förenade kungariket vad gäller beaktandet av produktionskapaciteten på kapacitetsmarknaden, och särskilt med hänsyn till de betänkligheter som uttrycktes i PTE:s rapport, de uppgifter som därefter lämnats i fråga om beaktandet av den kapacitet som tillhandahålls genom sammanlänkning, gör ingen av de uppgifter som har nämnts i det angripna beslutet det möjligt att fastställa att kommissionen gjorde en egen bedömning vad gäller det faktiska beaktandet av efterfrågestyrning, vars potential för denna marknad erkändes och ansågs vara användbar. Till exempel hänvisas inte någonstans i det angripna beslutet till den uppskattning på 3 GW som nämnts av National Grid. Kommissionen har genom att inte undersöka efterfrågestyrningens potentiella roll och kapacitet på kapacitetsmarknaden, godtagit de uppgifter och antaganden som framlagts av Förenade kungariket (se ovan punkterna 149–151), trots att de påverkade den mängd kapacitet som auktionerades ut och det stödbelopp som var nödvändigt för kapacitetsmarknaden.

156 När det gäller resultatet av den första T-4-auktionen i december 2014 finns det, av den anledningen att denna auktion äger rum i enlighet med de bestämmelser som inte tar tillräcklig hänsyn till efterfrågestyrningen potential, en risk – som i synnerhet har anförts i PTE:s rapport – för att produktionskapaciteten tillskrivs en större roll än vad som krävs. Det kan således inte uteslutas att om kommissionen hade gjort en egen granskning av efterfrågestyrningens potential, särskilt för att förhöra sig om hur den bedömning som gjorts av National Grid eller andra källor hade beaktats eller skälen till framgången med de amerikanska exemplen, så hade villkoren för deltagandet av operatörerna på efterfrågesidan varit annorlunda.

157 Vidare ska det vad gäller T-1-auktionen påpekas att enligt skälen 45–47 i det angripna beslutet, kommer en viss kapacitetsmängd undantas från T-4-auktionen och "reserveras" för T-1-auktionen, på grundval av en uppskattning av efterfrågestyrningens "lönsamma" kapacitet som skulle kunna delta i en auktion. Denna kapacitetsmängd kan även minskas om efterfrågan sjunker mellan T-4-auktionen och T-1-auktionen. Såsom emellertid har bekräftats under förhandlingen, framgår av dessa skäl att Förenade kungarikets regering åtog sig att auktionera ut minst 50 procent av denna "reserverade" kapacitet på T-1-auktionen, varvid den förbehöll sig möjligheten att inte fullgöra detta åtagande om det visade sig att efterfrågestyrningen inte var "lönsam på lång sikt" eller om sektorn för efterfrågestyrning ansågs vara tillräckligt mogen. I artikel 10 i 2014 års förordning om elektrisk kapacitet, med rubriken "Beslut om en auktion ska genomföras", föreskrivs, i punkt 3, att den behöriga ministern får besluta att T-1-auktionen inte behöver genomföras om prognoserna visar att ingen leverantör på efterfrågesidan kommer att lämna anbud i en sådan auktion. Eftersom T-1-auktionen därmed bland annat beror på en uppskattning av efterfrågestyrningens "lönsamma" kapacitet som kommer att delta i auktionerna, borde efterfrågestyrningens potentiella kapacitet och utvärderingen därav ha analyserats av kommissionen i det angripna beslutet.

158 Under dessa omständigheter kan tillgängliga uppgifter i fråga om efterfrågestyrningens potential, särskilt med hänsyn till betydelsen av den roll som denna tekniska lösning kan ha på kapacitetsmarknaden, utgöra ett indicium på att det förelåg tveksamhet i fråga om ordningens förenlighet med den inre marknaden. Det kan på grundval av det angripna beslutet inte fastställas att dessa tveksamheter har skingrats efter kommissionens preliminära granskning.

e) Antagandet om diskriminerande eller ofördelaktig behandling av efterfrågestyrningen på kapacitetsmarknaden

159 Tempus har i huvudsak gjort gällande att bedömningen av den omtvistade åtgärden borde ha föranlett tveksamhet i fråga om dess förenlighet med den inre marknaden på grund av ett antal överträdelser av principerna om likabehandling, skydd för berättigade förväntningar och proportionalitet, framför allt till nackdel för operatörer på efterfrågesidan. Tempus har i synnerhet framfört invändningar vad gäller behandlingen av operatörer på efterfrågesidan vad beträffar kapacitetsavtalens löptid, metoden för kostnadstäckning på kapacitetsmarknaden, villkoren för deltagande i kapacitetsmarknaden samt det förhållandet att operatörer på efterfrågesidan inte erhåller ytterligare ersättning för begränsning av förlusterna vid överföring och distribution av el.

1) Kapacitetsavtalens löptid

160 Tempus har i huvudsak gjort gällande att kommissionen borde ha hyst tvivel vad gäller den omtvistade åtgärdens förenlighet med den inre marknaden, eftersom möjligheten att erhålla kapacitetsavtal med en löptid på mer än ett år förbehålls producenter med kapitalutgifter som överstiger ett visst tröskelvärde, och därmed åsidosätts likabehandlingsprincipen till nackdel för operatörer på efterfrågesidan. Denna diskriminerande behandling strider mot målet att den omtvistade åtgärden ska vara teknikneutral, ger producenterna en konkurrensfördel och leder till att en betydande del av efterfrågan låses, vilket hade kunnat förhindras genom efterfrågestyrning.

161 Tempus har gjort gällande att denna skillnad i behandling inte är motiverad av de högre investeringskostnader som producenter som renoverar en befintlig anläggning eller som bygger en ny anläggning har. Operatörer på efterfrågesidan och deras kunder har också investeringskostnader. Efterfrågesidans kunder vill vidare ha garantier för att intäkter kommer att erhållas under ett antal år innan de gör dessa investeringar. Tempus har i detta avseende hävdat att uppgifter har överlämnats till Förenade kungariket och att sistnämnda i sin anmälan därför inte enbart kunde ange att sektorn för efterfrågestyrning inte hade förebringat ”kvantitativ” bevisning vad gäller behovet av avtal med längre löptid för att stödja deltagandet av operatörer på efterfrågesidan i auktioner.

162 Kommissionen har i huvudsak genmält att den har granskat den omtvistade åtgärden i vederbörlig ordning vad gäller behandlingen av operatörer på efterfrågesidan jämfört med behandlingen av andra kapacitetsleverantörer, och fastställt att denna åtgärd möjliggjorde för dem att vara konkurrenskraftiga med hänsyn tagen till deras specifika egenskaper. Skillnaden mellan de avtalstider som erbjuds motiveras av det centrala mål som eftersträvas med den omtvistade åtgärden, nämligen att säkerställa tillgängligheten av tillräcklig kapacitet i framtiden, bland annat genom att främja investeringar i nya anläggningar. Operatörer på efterfrågesidan kan inte erhålla avtal med en löptid på mer än ett år, eftersom de inte har samma finansieringsbehov som producenter som renoverar en befintlig anläggning eller bygger en ny anläggning. Kommissionen har i detta avseende gjort gällande att varken Tempus eller UKDRA under det administrativa förfarandet har anfört något underbyggt resonemang enligt vilket operatörer på efterfrågesidan har behov av investeringar i samma omfattning som producenter som renoverar anläggningar och uppför nya anläggningar, och de har inte heller förebringat någon kvantitativ bevisning i detta avseende.

163 I sitt svar på tribunalens skriftliga frågor har kommissionen gjort gällande att om de anläggningar som ska renoveras eller nya anläggningar enbart erbjöds avtal med en löptid på ett år, med hänsyn till de höga investeringskostnaderna förmodligen inte skulle delta i auktionerna eller uteslutas från dessa på grund av att deras anbud skulle överstiga pristaket. Även om de hade kunnat lämna anbud, hade deras pris förmodligen varit mycket högt och hade blivit auktionspriset för hela auktionen. Enligt kommissionen skulle detta inte enbart medföra exceptionella fördelar för befintliga producenter och operatörer på efterfrågesidan, men även höga kostnader för alla slutförbrukare och stödbeloppet skulle därmed bli oproportionerligt.

164 I detta avseende följer av fast rättspraxis att den allmänna principen om likabehandling, som är en av de grundläggande principerna inom unionsrätten, innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling. Frågan huruvida olika situationer är jämförbara ska bedömas med hänsyn till samtliga omständigheter som kännetecknar dem. Dessa omständigheter ska bland annat bestämmas och bedömas utifrån föremålet för och syftet med den unionsrättsakt som medför den ifrågavarande skillnaden i behandling. Därvid ska man beakta principerna och målsättningarna för det område som den aktuella åtgärden omfattas av (se dom av den 12 december 2014, Banco Privado Português och Massa Insolvente do Banco Privado Português, T-487/11, EU:T:2014:1077, punkt 139 och där angiven rättspraxis).

165 I förevarande fall ska det inledningsvis påpekas att den omtvistade åtgärden inte ger operatörer på efterfrågesidan någon möjlighet att erhålla kapacitetsavtal med en löptid på mer än ett år.

166 Enligt det angripna beslutet kan endast kapacitetsleverantörer som har kapitalutgifter som överstiger 125 GBP per kW (anläggningar som ska renoveras) ingå kapacitetsavtal med en maximal löptid på upp till tre år och endast de kapacitetsleverantörer som har kapitalutgifter som överstiger 250 GBP per kW (nya anläggningar) ingå kapacitetsavtal med en maximal löptid på upp till femton år (skäl 57 i det angripna beslutet).

167 Även om det teknikneutrala begreppet kapacitetsleverantörer används i skäl 57 i det angripna beslutet, framgår av anmälan och av artikel 2.1, jämförd med artiklarna 4, 5 och 11.3 i 2014 års förordning om elektrisk kapacitet att kapacitetsavtal med en maximal löptid på tre år och femton år uttryckligen har förbehållits kapacitetsmarknadsenheter för produktion som har kapitalutgifter som överstiger de tröskelvärden som har fastställts av ministern, med undantag för kapacitetsmarknadsenheter för efterfrågestyrning.

168 Operatörer på efterfrågesidan kan därför för det första inte ingå kapacitetsavtal med en löptid på upp till tre eller femton år, även om de visar att de haft kapitalutgifter som överstiger de tröskelvärden som har fastställts för kapacitetsmarknadsenheterna för produktion inom ramen för den omtvistade åtgärden. För det andra innehåller inte den omtvistade åtgärden något tröskelvärde för kapitalutgifter för kapacitetsmarknadsenheter för efterfrågestyrning som ger dessa operatörer möjlighet att erhålla kapacitetsavtal med en löptid på mer än ett år.

169 I det angripna beslutet godtog kommissionen Förenade kungarikets ståndpunkt att det var lämpligt att erbjuda kapacitetsmarknadsenheterna för produktion, vars kapitalutgifter överstiger ett bestämt tröskelvärde som fastställts av ministern, kapacitetsavtal med en maximal löptid på upp till tre eller femton år, och det var motiverat att erbjuda kapacitetsmarknadsenheterna för efterfrågestyrning kapacitetsavtal med enbart en löptid på ett år (skälen 106, 129 och 145 i det angripna beslutet). Kommissionen fann således att behovet av kapitalutgifter var mindre hos operatörerna på efterfrågesidan än hos producenter som bygger eller renoverar anläggningar. På denna grund godtog kommissionen att ny produktionskapacitet eller produktionskapacitet som ska renoveras, som medför höga investeringskostnader kan erhålla kapacitetsavtal med längre löptid för att möjliggöra för operatörerna att erhålla nödvändig finansiering och fann att det förhållandet att kapacitetsavtal med kortare löptid erbjöds operatörer på efterfrågesidan inte missgynnade dem i förhållande till operatörer som driver anläggningar som ska renoveras eller nya anläggningar. Kommissionen drog därför slutsatsen att den omtvistade åtgärden var teknikneutral och inte stärkte ställningen för de producenter som använder fossila bränslen.

170 Det ska således prövas om kommissionen kunde godta skillnaden i behandling av operatörer på efterfrågesidan i förhållande till producenter utan att inleda det formella granskningsförfarandet eller om det förhållandet att operatörer på efterfrågesidan inte hade möjlighet att ingå kapacitetsavtal med en löptid på mer än ett år borde ha föranlett tveksamhet hos kommissionen i fråga om den omtvistade åtgärdens förenlighet med den inre marknaden.

171 Det kan i detta avseende för det första fastställas att den omtvistade åtgärden ska vara teknikneutral i enlighet med bestämmelserna i punkt 226 i riktlinjerna.

172 Av det angripna beslutet framgår således att syftet med den omtvistade åtgärden är att tillhandahålla tillräcklig kapacitet för att säkerställa en trygg elförsörjning i Förenade kungariket (skälen 4 och 126 i det angripna beslutet).

173 Närmare bestämt framgår av anmälan att huvudsyftet med den omtvistade åtgärden är att göra det möjligt att tillhandahålla konsumenter tillförlitlig och tillräcklig kapacitet på elmarknaden i Förenade kungariket till minsta möjliga kostnad, för att minimera oavsiktliga konsekvenser och oväntade risker och stödja uppnåendet av vidare statliga mål, nämligen att möjliggöra en utfasning av fossila bränslen på elmarknaden, utvecklingen av en mer reaktiv efterfrågan och ökad integration av den inre marknaden för energi (punkt 139 i anmälan). I syfte att uppnå målet att trygga elförsörjningen i Förenade kungariket, anges vidare i anmälan att syftet med den omtvistade åtgärden är att stimulera tillräckliga investeringar i produktionskapacitet och annan kapacitet, inklusive ett specifikt stöd för lösningar på efterfrågesidan (punkt 140 i anmälan). Dessa mål motsvarar de mål som i punkterna 216–221 i riktlinjerna anges vara berättigade för stödåtgärder för att säkerställa tillräcklig produktionskapacitet.

174 Vad emellertid gäller huvudsyftet att säkerställa en trygg elförsörjning är det, såsom redan har påpekats i punkt 121 ovan och som kommissionen uttryckligen har medgett i sitt svar på tribunalens skriftliga frågor av den 5 maj 2017, ostridigt mellan parterna att såväl den kapacitet som erbjuds av producenterna som den kapacitet som erbjuds av operatörerna av efterfrågestyrning i princip kan bidra till att lösa problemet med produktionskapacitetens tillräcklighet.

175 Vad gäller det underordnade målet att stimulera tillräckliga investeringar i ny kapacitet kan det konstateras att syftet med den omtvistade åtgärden uttryckligen gäller såväl produktionskapacitet som annan kapacitet, såsom efterfrågestyrning. I anmälan betonas dessutom uttryckligen att syftet med kapacitetsmarknaden inte är att uppnå att en viss kapacitetsmängd fastställs på förhand för varje typ av teknik (punkt 355 i anmälan). Tvärtom är syftet med den omtvistade åtgärden att låta marknaden bestämma den optimala mängden av varje typ av kapacitet (ny produktionskapacitet, produktionskapacitet som kräver renovering, befintlig produktionskapacitet, befintlig efterfrågestyrningskapacitet, befintlig efterfrågestyrningskapacitet som inte har bekräftats) för att uppnå den grad av försörjningstrygghet som har fastställts av Förenade kungariket.

176 Härav följer att operatörer på efterfrågesidan ska anses befinna sig i en situation som motsvarar den som producenter befinner sig i mot bakgrund av de mål som eftersträvas med den omtvistade åtgärden, att säkerställa försörjningstrygghet, som är teknikneutrala. Detta gäller i än högre grad då det enligt riktlinjerna krävs att den stödåtgärd varigenom en marknadskapacitet upprättas bör vara öppen för och på lämpligt sätt stimulera både befintliga och framtida producenter och aktörer som använder ersättningsbara tekniker, såsom laststyrningsåtgärder eller lagringslösningar (punkt 226 i riktlinjerna). Det ankom således på kommissionen att undersöka om kapacitetsmarknaden trots det förhållandet att kapacitetsavtal med en löptid på mer än ett år enbart erbjuds produktionskapaciteter kan vara teknikneutral och inte snedvrider konkurrensen mellan producenter och operatörer på efterfrågesidan.

177 För det andra framgår av det angripna beslutet att det förhållandet att kapacitetsavtal med en löptid på mer än ett år erbjuds vissa kapacitetsleverantörer motiveras av deras omfattande kapitalutgifter och finansieringssvårigheter.

178 Enligt det angripna beslutet motiveras det förhållandet att kapacitetsavtal med längre löptid erbjuds nya aktörer av att detta främjar inträdet på marknaden för nya konkurrerande aktörer. Det förhållandet att nya aktörer kan ingå avtal med lång löptid gör det möjligt för dem att erhålla billigare finansiering för sina investeringar. Detta gör det möjligt att minska hindren för inträde för oberoende

företag som inte kan finansiera sina investeringar i ny kapacitet genom intäkter från andra anläggningar som de äger. Genom att stimulera konkurrensen på kapacitetsmarknaden, skulle avtal med lång löptid således kunna minska kostnaderna för konsumenterna på energi- och kapacitetsmarkanden. Genom att erbjuda avtal med lång löptid bör också risken minska att deltagare med mycket höga investerings- eller renoveringskostnader försöker täcka alla deras kostnader inom ramen för ett avtal med en löptid på enbart ett år (skäl 59 i det angripna beslutet).

179 Av det angripna beslutet framgår således att syftet med att erbjuda kapacitetsavtal med längre löptid är att uppnå de teknikneutrala mål, som det hänvisas till ovan i punkt 173, vilka består i att trygga elförsörjningen genom att stimulera tillräckliga investeringar i kapacitet. Även om behovet av att stimulera nya inträden på marknaden understryks i det angripna beslutet, kan det konstateras att det förhållandet att kapacitetsavtal med en löptid på mer än ett år erbjuds eftersträvar ett vidare syfte, eftersom de operatörer som renoverar befintliga anläggningar också kan ingå kapacitetsavtal med en löptid på högst tre år. Härav följer att det huvudsakliga syftet med att erbjuda kapacitetsavtal med längre löptid är att avhjälpa de finansieringssvårigheter som vissa aktörer har på grund av storleken på deras kapitalutgifter, genom att garantera dem intäkter under flera år, och ge dem medel att lämna ett konkurrenskraftigt anbud under auktionerna, genom att göra det möjligt för dem att täcka sina kostnader över ett antal år.

180 Det ska således konstateras att det avgörande kriteriet inom ramen för den omtvistade åtgärden för att fastställa de aktörer som kan ingå kapacitetsavtal med en löptid på mer än ett år är storleken på kapitalutgifterna och de finansieringssvårigheter som kan hindra dessa aktörer från att delta i kapacitetsmarknaden.

181 Eftersom avtal med längre löptid ansågs vara nödvändiga för att skapa rättvisa konkurrensvillkor, var det nödvändigt att undersöka vilken löptid som krävdes för att möjliggöra för varje kategori av kapacitetsleverantör att fullt ut delta i kapacitetsmarknaden, mot bakgrund av deras investeringskostnader och deras finansieringssvårigheter, för att fullgöra skyldigheten att på lämpligt sätt stimulera alla aktörer. Det ankom således på kommissionen att undersöka om det förhållandet att kapacitetsavtal med en löptid på mer än ett år förbehölls vissa tekniker var diskriminerande och stred mot målet att inrätta en teknikneutral kapacitetsmarknad, vilket skulle strida mot kraven i riktlinjerna.

182 För det tredje kan det konstateras att kommissionen godtog Förenade kungarikets ståndpunkt att det inte var nödvändigt att erbjuda operatörer på efterfrågesidan kapacitetsavtal med en löptid på mer än ett år, utan att undersöka om deras kapitalutgifter och deras finansieringssvårigheter kunde kräva att de gavs möjlighet att ingå sådana avtal för att ge dem möjlighet att delta i auktioner, samtidigt som ett alltför högt auktionspris undviks.

183 Av det angripna beslutet framgår att kommissionen i detalj har undersökt finansieringsbehoven hos kapacitetsleverantörer som uppför nya anläggningar eller renoverar befintliga anläggningar. Kommissionen har således uttryckligen begärt att Förenade kungariket skulle lämna kompletterande uppgifter till stöd för deras val vad gäller kapacitetsavtalens löptid, eftersom avtal med längre löptid i princip är mer problematiska och bör motiveras utförligt (tabell 16, s. 161 i anmälan). Kommissionen kunde således grunda sig på detaljerade uppgifter från Förenade kungariket vad gäller kapitalutgifter och finansieringssvårigheter avseende uppförandet av nya anläggningar för att fastställa den optimala löptiden för kapacitetsavtal och tröskelvärden för kapitalutgifter som dessa avtal skulle villkoras av. Det rörde sig om att hjälpa dessa aktörer att erhålla den finansiering som krävdes och förhindra att deras deltagande i kapacitetsmarknaden leder till ett auktionspris som är alltför högt, samtidigt som de inte har möjlighet att täcka alla sina fasta investeringskostnader enbart på grundval av de intäkter som härrör från kapacitetsmarknaden. Den information som lämnades av Förenade kungariket omfattade bland annat ett antal detaljerade studier inom ramen för vilka olika scenarier samt modeller av affärsplaner för olika operatörer och olika anläggningar analyserades (punkterna 4.3.1, 4.6.5, C.4.3 i anmälan).

184 Däremot framgår av det angripna beslutet att kommissionen inte har försökt att göra en detaljerad analys av de kapitalutgifter och finansieringsbehov som operatörerna på efterfrågesidan har. Till följd av UKDRA:s skrivelse av den 9 juni 2014, varigenom sammanslutningen fäste kommissionens uppmärksamhet på skillnaden i behandling mellan producenter och operatörer på efterfrågesidan, uppmanade kommissionen visserligen Förenade kungariket att bemöta detta. Kommissionen tog därefter emellertid endast del av Förenade kungarikets svar, i vilket den medlemsstaten för det första endast angav att operatörer på efterfrågesidan inte hade samma behov av kapital som operatörer som driver nya anläggningar och, för det andra, att UKDRA inte hade förebringat någon kvantitativ bevisning till stöd för sin teori om att kapacitetsavtal med längre löptid var nödvändiga för att stödja deltagandet av operatörer på efterfrågesidan i auktioner (punkt 511 i anmälan).

185 För det första bör det emellertid påpekas att Förenade kungariket inte har lämnat någon detaljerad analys till stöd för sin ståndpunkt, i skarp kontrast till informationen om producenternas finansieringsbehov. Avsaknaden av uppgifter om efterfrågestyrningen vad gäller Förenade kungariket, har också framhållits av PTE i dess rapport (se bland annat punkterna 19, 96 och 101 i den ovan i punkterna 141 och 142 nämnda rapporten). Även om kommissionen i skäl 120 i det angripna beslutet delvis har hänvisat till slutsatserna i PTE:s rapport, ansåg den inte att det var nödvändigt att själv inhämta mer information om efterfrågestyrning för att komplettera den begränsade information som lämnats av Förenade kungariket. Det kan sålunda påpekas att varken det angripna beslutet eller anmälan innehåller någon detaljerad granskning av efterfrågesidans kapitalbehov.

186 För det andra bör det påpekas att likabehandling med hänsyn till löptiden för kapacitetsavtal som olika kapacitetsleverantörer kunde lämna anbud på, var det huvudsakliga krav som operatörer på efterfrågesidan framförde såväl gentemot Förenade kungarikets regering som gentemot kommissionen. Av de synpunkter som UKDRA lämnat inom ramen för det offentliga samrådet, vilka kommissionen kunde få tillgång till vid antagandet av det angripna beslutet, framgår att UKDRA inte endast bestred det förhållandet att kapacitetsavtal med en löptid på mer än ett år förbehölls kapacitetsmarknadsenheter för produktion med kapitalutgifter som översteg vissa tröskelvärden, utan även bestred de tröskelvärden för kapitalutgifter som valts. UKDRA har framför allt uttryckligen anmodat Förenade kungariket att utarbeta en modell avseende finansieringsbehoven för olika typer av teknik och att se över tröskelvärdena på den grunden. Genom skrivelse av den 9 juni 2014, uttryckte UKDRA sina betänkligheter till kommissionen om huruvida avtal med en löptid på 15 år var förenliga med riktlinjerna och, upprepade, oberoende av frågan om giltighetstiden för de avtal som erbjöds, att operatörerna på efterfrågesidan hade uttryckt önskemål om att kunna lämna anbud för kapacitetsavtal med samma löptid som de som erbjöds producenterna.

187 För det tredje har såväl UKDRA som Tempus medgett att nya operatörer på efterfrågesidan inte nödvändigtvis har samma kapitalutgifter som producenter som uppför nya anläggningar. De har emellertid gjort gällande att nya kapacitetsmarknadsenheter för efterfrågestyrning, liksom nya kapacitetsmarknadsenheter för produktion, har kapitalutgifter och finansieringssvårigheter som motiverar att de kan ingå kapacitetsavtal med en löptid på mer än ett år för att möjliggöra för dem att fullt ut delta i kapacitetsmarknaden. Tempus har framför allt gjort gällande att operatörer på efterfrågesidan måste utveckla en tillräckligt omfattade kundportfölj för att kunna reagera på en tidsobegränsad händelse som inverkar på kapaciteten. De investeringar som krävs för att göra elförbrukningen hos var och en av kunderna flexibel i tidsmässigt hänseende, som operatörerna på efterfrågesidan kan vara tvungna att delvis finansiera, kan vara betydande och kräva kapacitetsavtal med längre löptid. PTE har i punkt 99 i sin rapport uttryckligen anfört att vissa investeringar avseende efterfrågestyrning ”kräver säkerhet som kapacitetsavtal med lång löptid ger för att kunna erhålla finansiering” och dragit slutsatsen att det är viktigt att fastställa potentiella resurser för efterfrågestyrning som inte reagerar på marknadssignaler, eftersom existerande incitament inte gör det möjligt att tillgodose deras behov. Operatörerna på efterfrågesidan var för övrigt inte de enda som gjorde gällande att alla kapacitetsleverantörer ska kunna lämna anbud för avtal med samma löptid, oberoende av vilken teknik som används för att säkerställa rättvisa konkurrensvillkor. Av anmälan framgår således att flera vertikalt integrerade elföretag hade framhållit att all kapacitet ska kunna

tilldelas avtal med samma löptid för att möjliggöra en rättvis jämförelse av kapacitetspriserna och att alla kapacitetsleverantörer fritt ska kunna välja den löptid som gör det möjligt för dem att konkurrera på auktioner (s. 79 i anmälan).

188 För det fjärde kan Tempus och UKDRA, tvärtemot vad kommissionen har gjort gällande, inte klandras för att inte ha lämnat mer detaljerad information under det administrativa förfarandet. Av rättspraxis följer att kommissionen aktivt och omsorgsfullt ska söka relevant information för att vid antagandet av det angripna beslutet förfoga över uppgifter som rimligen kan anses tillräckliga och tydliga för dess bedömning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 december 2008, Kronoply och Kronotex/kommissionen, T-388/02, ej publicerad, EU:T:2008:556, punkt 127, och dom av den 10 februari 2009, Deutsche Post och DHL International/kommissionen, T-388/03, EU:T:2009:30, punkt 109). För att styrka att det föreligger tveksamhet i den mening som avses i artikel 4.4 i förordning nr 659/1999 räcker det att Tempus visar att kommissionen inte på ett omsorgsfullt och opartiskt sätt har sökt och undersökt alla uppgifter som är relevanta för denna bedömning eller att den inte har beaktat dessa i vederbörlig ordning för att skingra all tveksamhet om den anmälda åtgärdens förenlighet med den inre marknaden.

189 Mot bakgrund av vad som anförts i punkterna 171–176 ovan ankom det på kommissionen att med hänsyn till bristen på information om kapitalbehovet hos operatörerna på efterfrågesidan utreda frågan ytterligare, till exempel genom att godta erbjudandet från UKDRA i dess skrivelse av den 9 juni 2014 om att lämna kommissionen mer information för att kunna fastställa om det var förenligt med principen om likabehandling att tilldela operatörer på efterfrågesidan och andra kapacitetsleverantörer avtal med olika löptider. Det gäller i än högre grad då sektorn för efterfrågestyrning är mycket differentierad och det har visats att myndigheterna i Förenade kungariket hade begränsade kunskaper om nämnda sektor jämfört med produktionssektorn (se punkterna 141–145 ovan).

190 Slutligen bör det noteras att det förhållandet att avtal med en löptid på upp till tre eller femton år tilldelas vissa producenter påverkar konkurrensen under hela löptiden för dessa avtal. Eftersom kommissionen i skäl 131 i det angripna beslutet fann att sektorn för efterfrågan ännu var i sin linda i Förenade kungariket ankom det på den att undersöka om det förhållandet att operatörer på efterfrågesidan inte kan lämna anbud på avtal med samma löptid som producenter inte riskerade att minska deras möjligheter att bidra till att lösa problemenet med kapacitetens tillräcklighet i Förenade kungariket när sektorn utvecklats ytterligare. Tilldelning av avtal med en löptid på tre eller femton år innebär nämligen att den mängd kapacitet som i framtiden kommer att auktioneras ut inom ramen för kapacitetsmarknaden minskar.

191 För det femte har PTE i punkt 102 i sin rapport beskrivit den risk som är kopplad till upprättandet av kapacitetsmarknaden i Förenade kungariket i avsaknad av tillräcklig information om efterfrågestyrning på följande sätt:

”Av samtliga dessa skäl är vi medvetna om att National Grid inte kunde genomföra en analys av efterfrågestyrningen med bibehållande av den höga standard som har varit utmärkande för den största delen av dess övriga arbete. Detta innebär emellertid att det finns ett trängande behov av att inrätta ett systematiskt förfarande för att säkerställa att resurserna för efterfrågestyrning inte slösas bort endast av det skälet att problemet med bristande effektivitet löses med ny produktionskapacitet.”

192 Det kan således konstateras att kommissionen har godtagit Förenade kungarikets ståndpunkt att det inte var nödvändigt att erbjuda operatörer på efterfrågesidan avtal med en löptid på mer än ett år, utan att undersöka de kapitalutgifter som nya kapacitetsmarknadsenheter för efterfrågestyrning hade, eller undersöka om det var nödvändigt att fastställda specifika tröskelvärden för kapacitetsmarknadsenheter för efterfrågestyrning med hänsyn till deras finansieringsbehov och de mål som eftersträvas med åtgärden.

193 Mot bakgrund av det ovan anförda kan slutsatsen dras att skillnaden mellan löptiden för kapacitetsavtal som erbjuds operatörer på efterfrågesidan och dem som erbjuds producenter utgör ett indicium på att det föreligger tveksamhet om den omtvistade åtgärdens förenlighet med den inre marknaden. Det ankom på kommissionen att undersöka de kapitalutgifter och det finansieringsbehov som operatörer på efterfrågesidan hade för att kontrollera att det inte har skett någon överträdelse av principen om likabehandling mellan kapacitetsmarknadsenheter för produktion och kapacitetsmarknadsenheter för efterfrågestyrning, trots att operatörerna på efterfrågesidan inte hade någon möjlighet att erhålla kapacitetsavtal med en löptid på mer än ett år. Med hänsyn till de teknikneutrala mål som eftersträvas med den omtvistade åtgärden och de kriterier som fastställs inom ramen för den omtvistade åtgärden, var det nödvändigt att göra en sådan prövning innan slutsatsen kunde dras att nämnda åtgärd var förenlig med den inre marknaden. Den omständigheten att kommissionen inte hade fullständig information vad gäller Förenade kungarikets beslut att inte möjliggöra för operatörer på efterfrågesidan att lämna anbud på avtal med samma löptid som avtal som kan tilldelas andra tekniker utgör inom ramen för det preliminära granskningsförfarandet ett tecken på att det förelåg tveksamhet.

2) Metoden för kostnadstäckning

194 Tempus har i huvudsak gjort gällande att kommissionen borde ha hyst tvivel om den omtvistade åtgärdens proportionalitet och därmed om dess förenlighet med den inre marknaden, till följd av den metod för kostnadstäckning som valts som inte i tillräcklig utsträckning uppmuntrar konsumenterna att minska sin förbrukning under perioder av hög efterfrågan och därför inte gör det möjligt att begränsa det totala stödbeloppet till vad som är nödvändigt.

195 Tempus har således gjort gällande att den metod för kostnadstäckning som antagits, nämligen en kostnadstäckning som grundar sig på elförbrukning mellan kl. 16 och kl. 19 alla vardagar under vinterperioden, snarare än elförbrukningen under de tre största årliga efterfrågetopparna (”triaden”), missgynnar operatörer på efterfrågesidan och strider mot proportionalitetsprincipen genom en ökning av det beviljade stödbeloppet. En sådan metod skulle göra det svårare för konsumenterna att inte bidra till kostnaderna för kapacitetsmarknaden genom att minska sin förbrukning, det vill säga efterfrågan, vid den relevanta tidpunkten, mot bakgrund av att denna förbrukning är nödvändig för företag och familjer. Detta gäller i än högre grad då små företag och hushållskunder inte kan undvika kapacitetsmarknadens kostnader genom åtgärder för efterfrågestyrning, eftersom de i Förenade kungariket klassificeras på grundval av deras profil och inte på grundval av deras uppmätta förbrukning per halvtimme.

196 Eftersom den metod som antagits inte i tillräcklig uppfattning uppmuntrar konsumenterna att minska efterfrågan på el exakt då efterfrågan är som högst och kapaciteten är lägst anser Tempus att den metod som antagits innebär att det beviljade stödbeloppet ökar genom att Förenade kungariket tvingas att anskaffa mer kapacitet än vad som är nödvändigt. Enligt Tempus har Förenade kungariket emellertid inte bestritt att en tydligare prissignal skulle kunna leda till en minskning av stödbeloppet, eftersom medlemsstaten ursprungligen valde den metod som bygger på triaden, innan den senare, efter att det nationella offentliga samrådet avslutats, ändrade sin uppfattning.

197 Tempus har dessutom anfört att en ändring av metoden för kostnadstäckning uttryckligen hade begärts av vertikalt integrerade leverantörer som gynnades av denna ändring. En månad innan det angripna beslutet fattades, den 26 juni 2014, hade Office of Gas and Electricity (Ofgem, byrån för gas- och elmarknaderna, Förenade kungariket) beslutat att formellt anmoda Competition and Markets Authority (konkurrens- och marknadsmyndigheten, Förenade kungariket) att undersöka marknaden för leverans av el och gas till enskilda och små företag, i synnerhet på grund av de farhågor som den starka ställning som vertikalt integrerade leverantörer hade, särskilt när det gäller marknadstillträde på en marknad där konkurrensen redan är svag (bilaga E3 till yttrandet över interventionsinlagan, punkterna 3.16–3.18 och bilaga E4 till yttrandet över interventionsinlagan, punkt 1.39).

198 Kommissionen har genmält att metoden för kostnadstäckning hör till den finansiella delen av kapacitetsmarknaden som inte, åtminstone inte direkt, är relevant för bedömningen av den omtvistade åtgärdens förenlighet. Metoden för kostnadstäckning som använts i förevarande fall utgör en kompromiss mellan intresset av att upprätthålla ett incitament att minska förbrukningen och intresset av att minska osäkerheten bland elleverantörer vad gäller den del av kostnaderna som ska bäras av dem, varvid analysen i det angripna beslutet grundade sig på de förklaringar som regeringen i Förenade kungariket lämnat i anmälan som svar på en skrivelse från UKDRA. Kommissionen har gjort gällande att denna metod för kostnadstäckning gynnar operatörerna på efterfrågesidan och att den under alla omständigheter lägger till ytterligare en nivå av avgifter under perioder med hög efterfrågan, vilket inte är fallet med andra metoder, såsom schablonbelopp eller beskattning. Förenade kungariket har tillagt att man under det nationella offentliga samrådet uttryckligen hade uppmanat deltagarna att ange alternativ till den metod för kostnadstäckning som bygger på triaden.

199 I detta avseende anges i riktlinjerna att en stödåtgärd enbart anses vara proportionell om stödbeloppet begränsas till vad som är absolut nödvändigt för att uppnå det fastställda målet (punkt 27 e och punkt 69 i riktlinjerna). När det gäller stödåtgärden för tillräcklig produktionskapacitet, bör den vara utformad så att den garanterar att det pris som betalas för tillgänglighet automatiskt rör sig mot noll när den levererade kapacitetsnivån förväntas vara lämplig för att tillfredsställa den efterfrågade kapacitetsnivån (punkt 231 i riktlinjerna).

200 I förevarande fall bör det inledningsvis konstateras att metoden för täckning av kostnaderna för finansiering av kapacitetsavtal som antagits inom ramen för den omtvistade åtgärden består i att alla godkända elleverantörer åläggs en avgift, vars storlek beräknas på grundval av deras marknadsandel av efterfrågan på el som registrerats mellan kl. 16 och kl.19 varje vardag från november till februari (skäl 69 i det angripna beslutet).

201 Det ska vidare påpekas att kommissionen i det angripna beslutet godkände den metod för kostnadstäckning som antogs inom ramen för den omtvistade åtgärden. Den fann således att denna metod utgjorde ett incitament för att minska efterfrågan på elektricitet under perioder med hög efterfrågan, samtidigt som den var förutsägbar för elleverantörerna (skäl 129 i det angripna beslutet).

202 Det ska således prövas huruvida kommissionen kunde godta den metod för kostnadstäckning som antogs inom ramen för den omtvistade åtgärden utan att inleda det formella granskningsförfarandet eller om denna metod borde ha föranlett tveksamhet hos kommissionen om den ifrågavarande åtgärdens förenlighet med den inre marknaden.

203 Det ska i detta avseende, i motsats till vad kommissionen har gjort gällande, inledningsvis konstateras att metoden för kostnadstäckning är relevant för bedömningen av åtgärdens förenlighet med den inre marknaden och, i synnerhet, dess proportionalitet.

204 För det första beror stödbeloppet på den mängd kapacitet som förvärvats inom ramen för kapacitetsmarknaden och auktionspriset. Den kapacitetsmängd som auktioneras ut i Förenade kungariket fastställs genom en uppskattning av efterfrågan på el och den kapacitet som finns tillgänglig och med tillämpning av en tillförlitlighetsnorm för att nå den önskade nivån av tillräcklig kapacitet under perioder med hög belastning (skäl 32 i det angripna beslutet). Den mängd kapacitet som krävs är således direkt kopplad till den mängd elektricitet som förbrukas under perioder med hög efterfrågan. Ju mindre efterfrågetopparna är, desto mindre är behovet för Förenade kungariket att köpa kapacitet för att uppnå önskad nivå av elförsörjningstrygghet. Dessutom kan en minskning av den mängd kapacitet som auktioneras ut även leda till en minskning av auktionspriset, eftersom detta leder till en situation där ett större antal kapacitetsleverantörer konkurrerar om samma mängd kapacitet. Såsom Förenade kungariket medgett i sin anmälan, leder en ökad konkurrens till en minskning av auktionspriset (punkt 2, ”Box 2 – When will it be possible to withdraw the Capacity Market?”, i anmälan). I anmälan medges vidare att en minskning av elförbrukningen under perioder

med hög efterfrågan slutligen kommer att leda till att kapacitetsmarknaden försvinner (se diagram 8 och 9 på s. 47 i anmälan där det anges att problemet ”missing money” kommer att minska i takt med utvecklingen av efterfrågestyrningen).

205 För det andra har Förenade kungariket medgett att metoden för kostnadstäckning på kapacitetsmarknaden påverkar den kapacitetsmängd som auktioneras ut. Förenade kungariket har således förklarat att den omständigheten att den avgift som ska finansiera kostnadstäckningen på kapacitetsmarknaden kopplas till elförbrukningen under perioder med hög efterfrågan utgör ett tydligt incitament för berörda parter att minska sin förbrukning under perioder med hög belastning, vilket minskar den kapacitetsmängd som måste köpas för att uppnå önskad nivå av försörjningstrygghet, och följaktligen även minskar kostnaden för förbrukarna (punkt 624 i projektet avseende kapacitetsmarknaden som var föremål för ett offentligt samråd).

206 Vidare framgår av anmälan att Förenade kungariket ändrade metoden för kostnadstäckning efter det offentliga samrådet. Ursprungligen var planen att storleken på avgiften skulle beräknas på grundval av elleverantörernas marknadsandel i den efterfrågan på el som registrerats under de så kallade ”triadperioderna”, det vill säga de tre perioder om en halvtimme som registrerar den högsta årliga elförbrukningen i Förenade kungariket under perioden från november till februari (punkterna 521 och 522 i anmälan). Det var först efter det offentliga samrådet som Förenade kungariket ändrade metoden för kostnadstäckning och antog den metod som beskrivs ovan i punkt 200, nämligen en metod för kostnadstäckningen som grundar sig på elförbrukning mellan kl. 16 och 19 kl. varje vardag under vinterperioden.

207 Det ska även konstateras att kommissionen godtog Förenade kungarikets ståndpunkt utan att pröva vilka konsekvenser denna ändring hade på det totala stödbeloppet och, följaktligen, på den ifrågavarande åtgärdens proportionalitet.

208 I sin skrivelse av den 9 juni 2014 underrättade UKDRA kommissionen om sina betänkligheter efter ändringen av metoden för kostnadstäckning. UKDRA intog den ståndpunkten att en sådan metod försvagar den prissignal som ska sändas till konsumenter under perioder då efterfrågan är som högst i syfte att minska deras konsumtion. Kommissionen uppmärksammades också på det förhållandet att hushållskunder klassificerades enligt på förhand fastställda profiler och att de inte kunde undvika kostnaderna för kapacitetsmarknaden genom att ändra sin förbrukning mellan kl. 16 och kl. 19.

209 Till följd av UKDRA:s skrivelse av den 9 juni 2014 uppmanade kommissionen visserligen Förenade kungariket att yttra sig. Kommissionen nöjde sig emellertid därefter endast med att ta del av Förenade kungarikets svar i vilket medlemsstaten endast anförde att den metod för kostnadstäckning som slutligen antogs upprätthåller ett incitament att minska energiförbrukningen under perioder med hög efterfrågan, samtidigt som den är mer förutsägbar för leverantörerna (skäl 129 i det angripna beslutet). Eftersom triadperioderna fastställdes i efterhand skulle en användning av dessa som referensperiod vid beräkningen av avgiften enligt Förenade kungariket i synnerhet skapa osäkerhet för leverantörer vad gäller storleken på deras bidrag till finansieringen av systemet, vilket kunde föranleda dem att begära ett högre pris av konsumenterna. Förenade kungariket anförde också att det förhållandet att en bestämd och förutsägbar period skulle användas som referens vid beräkningen av avgiften även syftade till att främja utvecklingen av en prissättning utifrån tidpunkten för förbrukningen, vilket skulle gynna hushållskunder som således skulle kunna reagera och minska sin förbrukning mellan kl. 16 och kl. 19 alla vardagar under vintermånaderna (punkt 522 i anmälan).

210 Trots att det har erkänts att metoden för kostnadstäckning påverkar den kapacitetsmängd som måste förvärvas på kapacitetsmarknaden, framgår av det angripna beslutet att kommissionen inte har undersökt om den nya metoden för kostnadstäckning faktiskt upprätthöll ett motsvarande incitament för minskning av elförbrukningen under perioder med hög efterfrågan, bland annat genom att främja utvecklingen av efterfrågestyrning.

211 Kommissionen har inte heller undersökt om den metod för kostnadstäckning som antagits påverkade marknadstillträdet, bland annat för operatörer på efterfrågesidan, särskilt genom de hinder för tillträde och expansion som följer av de vertikalt integrerade leverantörernas starka ställning. En stödåtgärd kan emellertid också ha en snedvridande effekt på konkurrensen genom att öka eller upprätthålla en betydande marknadsstyrka för stödmottagaren. Även om stödet inte direkt förstärker en betydande marknadsstyrka kan detta ske indirekt genom att befintliga konkurrenter avskräcks från att utöka sin verksamhet eller förmås att lämna marknaden, eller genom att nya konkurrenter avskräcks från att komma in på marknaden (punkt 92 i riktlinjerna).

212 Vad gäller Förenade kungarikets argument att den metod som ursprungligen föreslogs skulle kunna föranleda elleverantörerna att ålägga slutkonsumenterna att betala ett högre pris, har kommissionen inte förklarat hur denna risk kunde ha någon som helst inverkan på det totala stödbeloppet. Kommissionen har inte heller prövat huruvida en sådan höjning av priset för konsumenterna kunde uppvägas genom möjligheten att minska den kapacitetsmängd som köps på kapacitetsmarknaden, eller av auktionspriset, av de skäl som angetts ovan i punkterna 204 och 205.

213 Mot bakgrund av vad som anförts ovan kan det konstateras att det ankom på kommissionen att undersöka den inverkan som en ändring av metoden för kostnadstäckning kunde ha på den omtvistade åtgärdens proportionalitet, och följaktligen dess förenlighet med den inre marknaden. Den omständigheten att kommissionen inte hade tillgång till all information om konsekvenserna av ändringen av metoden för kostnadstäckning inom ramen för det preliminära granskningsförfarandet utgör ytterligare ett indicium på att det föreligger tveksamhet.

3) Villkoren för deltagande på kapacitetsmarknaden

214 Tempus har i huvudsak gjort gällande att kommissionen borde ha hyst tvivel om den omtvistade åtgärdens förenlighet med den inre marknaden, eftersom den strider mot riktlinjerna och, i synnerhet, mot skyldigheten att uppmuntra och på lämpligt sätt stimulera operatörerna på efterfrågesidan, på grund av de villkor för deltagande på kapacitetsmarknaden som gäller för operatörerna på efterfrågesidan, och som försvårar deras deltagande i kapacitetsmarknaden.

215 Tempus har för det första gjort gällande att samspelet mellan övergångsauktioner och varaktiga auktioner uppmuntrar operatörerna på efterfrågesidan att delta i övergångsauktioner på grund av de mer gynnsamma villkoren för deltagande, vilket i praktiken leder till att de utesluts från den första T-4-auktionen. I stället för att uppmuntra operatörer på efterfrågesidan att delta på kapacitetsmarknaden genom att ge dem en ytterligare möjlighet att lämna anbud leder således övergångsauktionerna i själva verket till att deras deltagande i varaktiga auktioner begränsas.

216 För det andra har Tempus gjort gällande att den omtvistade åtgärden missgynnar operatörer på efterfrågesidan genom att alla aktörer på kapacitetsmarknaden åläggs att säkerställa att tidsobegränsade händelser som inverkar på kapaciteten kan täckas, även om de flesta händelser som inverkar på kapaciteten endast är tidsbegränsade. Härigenom tar den omtvistade åtgärden inte tillräcklig hänsyn till den specifika karaktären hos operatörer för efterfrågestyrning och avskräcker dem från att delta på kapacitetsmarknaden.

217 Tempus har för det tredje gjort gällande att det förhållandet att deltagarna på kapacitetsmarknaden underkastats samma krav på anbudsgaranti kan ge upphov till problem med marknadstillträde för operatörer på efterfrågesidan, eftersom denna sektor ännu befinner sig i sin linda. Problemet förvärras av skyldigheten att lämna anbud för att täcka obegränsade händelser som inverkar på kapaciteten. Förenade kungariket planerade för övrigt ursprungligen att nya operatörer på efterfrågesidan skulle underkastas en mindre omfattande anbudsgaranti än nya producenter. Den omtvistade åtgärden avskräcker därför operatörer på efterfrågesidan från att delta på kapacitetsmarknaden.

218 Tempus har för det fjärde som svar på kommissionens argument i svaromålet, i vilket det anges att det minimala tröskelvärdet för att delta i varaktiga auktioner på 2 MW var lågt och uppmuntrade operatörer på efterfrågesidan att delta, hävdat att detta tröskelvärde i själva verket var relativt högt, särskilt mot bakgrund av det tröskelvärde som antagits i de amerikanska exemplen på kapacitetsmarknader och förvärrade de problem som var kopplade till anbudsgarantins storlek.

219 Kommissionen har, med stöd av Förenade kungariket, för det första gjort gällande att den omtvistade åtgärden inte tvingar operatörerna på efterfrågesidan att välja mellan övergångsauktioner och varaktiga auktioner, utan tvärtom ger operatörer på efterfrågesidan som inte kunnat delta i den första T-4-auktionen eller deltagit utan framgång ytterligare en möjlighet att främja tillväxten inom sektorn. Eftersom övergångsauktioner inte ska tjäna som ytterligare stöd för operatörer på efterfrågesidan som kan vinna övergångsauktioner, är det motiverat att från övergångsauktioner utesluta operatörer på efterfrågesidan som med framgång har deltagit i varaktiga auktioner.

220 Kommissionen har för det andra gjort gällande att, mot bakgrund av det syfte som eftersträvas med den omtvistade åtgärden, nämligen att trygga elförsörjningen, oberoende av den faktiska varaktigheten av varje situation som medför belastning i nätet, utgör inte det förhållandet att det inte finns någon möjlighet att lämna anbud på tidsbegränsade händelser som inverkar på kapaciteten en diskriminering av operatörer på efterfrågesidan, i den mån fastställandet av en sådan möjlighet skulle begränsa trovärdigheten för operatörer på efterfrågesidan i förhållande till andra kapacitetsleverantörer, göra auktionerna mer komplexa och även skulle kunna förplikta Förenade kungariket att sträva efter att uppnå mer kapacitet. Förenade kungariket har tillagt att även om möjligheten att lämna anbud på tidsbegränsade händelser som inverkar på kapaciteten kan vara lämplig inom sektorn för efterfrågestyrning, eftersom det inom den sektorn finns bättre kunskaper om ett sådant sätt att lämna anbud och operatörer på efterfrågesidan kan lämna mer precisa anbud, är en sådan möjlighet inte motiverad i varaktiga auktioner, eftersom den skulle kunna undergräva det mål som eftersträvas med dessa auktioner (eller göra dem dyrare).

221 För det tredje anser kommissionen att villkoren för garantianbud är rimliga. Den har anfört att syftet med en sådan garanti är att styrka de nya operatörernas allvarliga avsikt att delta i auktionen och uppmuntra dem att tillhandahålla de kapaciteter som krävs för att uppnå målet att trygga försörjningen. Den har påpekat att det under det administrativa förfarandet inte uppkom någon fråga om diskriminering i detta avseende. Kommissionen har vidare anfört att skillnaden mellan de anbudsgarantibelopp som krävs inom ramen för det varaktiga systemet och det belopp som krävs inom ramen för övergångssystemet beror på att det sistnämnda systemet särskilt har utformats för att uppmuntra nya operatörer på efterfrågesidan. Förenade kungariket tillade att införandet av ett krav på garanti för operatörerna på efterfrågesidan fann stöd i en majoritet av svaren under det offentliga samrådet och ansåg att den föreslagna nivån var lämplig.

222 I dupliken har kommissionen slutligen gjort gällande att Tempus argument avseende det lägsta tröskelvärdet på 2 MW ska underkännas, eftersom de har åberopats först i repliken. Kommissionen har vidare gjort gällande att det lägsta tröskelvärdet på 2 MW är lågt.

223 Det ska i detta avseende erinras om att det i punkt 226 i riktlinjerna föreskrivs att stödåtgärden bör vara öppen för och på lämpligt sätt stimulera både befintliga och framtida producenter och aktörer som använder ersättningsbara tekniker, såsom laststyrningsåtgärder eller lagringslösningar.

224 I förevarande fall ska det inledningsvis konstateras att det av anmälan framgår att den omtvistade åtgärden innehåller ett antal åtgärder som avser att främja utvecklingen av efterfrågestyrning.

225 För det första framgår av anmälan att anordnandet av övergångsauktioner uttryckligen syftar till att stödja utvecklingen av efterfrågestyrning och till att ge operatörerna på efterfrågesidan den bästa tänkbara möjligheten att därefter med framgång delta i det varaktiga systemet. Utöver själva existensen har övergångsauktioner vissa egenskaper som är avsedda att främja utvecklingen av

efterfrågestyrning. Anbudsgarantin för deltagande i auktioner fastställs till en nivå som är begränsad till 10 procent av den nivå som krävs för att delta i varaktiga auktioner. Dessutom möjliggör övergångsauktionerna att lämna anbud för att täcka tidsbegränsade händelser som inverkar på kapaciteten, medan varaktiga auktioner kräver att deltagarna åtar sig att täcka tidsobegränsade händelser som inverkar på kapaciteten (punkterna 222 och 223 i anmälan).

226 För det andra framgår av anmälan att utvecklingen av efterfrågestyrningen främjas av anordnandet av T-1-auktionen och särskilt därigenom att det säkerställs att Förenade kungariket på så sätt erhåller minst procent 50 procent av den kapacitetmängd som ursprungligen reserverats för sådana auktioner, oberoende av om behoven av kapacitet har förändrats mellan anordnandet av T-4-auktionen och anordnandet av T-1-auktionen (punkterna 224–226 i anmälan).

227 För det tredje framgår av anmälan att utvecklingen av efterfrågestyrning även främjas av vissa villkor för deltagande i varaktiga auktioner. Det rör sig särskilt om fastställandet av ett lägsta tröskelvärde på 2 MW, möjligheter till aggregering och möjligheten för operatörerna på efterfrågesidan att påverka auktionspriset (punkt 224 i anmälan).

228 I det angripna beslutet godtog kommissionen Förenade kungarikets ståndpunkt. Den har således uttryckligen i skäl 131 i det angripna beslutet angett att den omtvistade åtgärden stöder utvecklingen av efterfrågestyrningen och att den omfattar åtgärder som särskilt syftar till att bidra till att utveckla denna sektor som ännu är i sin linda. Av det angripna beslutet framgår att det bland annat rör sig om den omständigheten att övergångsauktioner är ”reserverade” för operatörer på efterfrågesidan och särskilt utformade för att främja utvecklingen av efterfrågestyrning genom att hjälpa operatörer för efterfrågestyrning som ännu inte är tillräckligt mogna för att kunna konkurrera i varaktiga auktioner (skälen 51 och 107 i det angripna beslutet). Det rör sig även om att garantera att T-1-auktionen som säkerställer att operatörer på efterfrågesidan ges ”ett bättre tillträde till marknaden” än T-4-auktionen anordnas och att Förenade kungariket ”åtar sig” att förvärva minst 50 procent av den mängd som förbehålls sådana auktioner, samtidigt som medlemsstaten behåller en viss flexibilitet på lång sikt (skäl 46 i det angripna beslutet).

229 Det ska således prövas huruvida kommissionen kunde bekräfta att den omtvistade åtgärden på lämpligt sätt stimulerar efterfrågestyrningen, utan att inleda det formella granskningsförfarandet eller om kommissionen borde ha hyst tvivel om den omtvistade åtgärdens förenlighet med den inre marknaden.

i) Övergångsauktioner

230 Tempus har i huvudsak gjort gällande att de mer gynnsamma villkoren för deltagande kommer att leda till att operatörerna på efterfrågesidan prioriterar deltagandet i övergångsauktioner. Enligt Tempus kommer detta att leda till att operatörerna på efterfrågesidan i praktiken kommer att uteslutas från den första T-4-auktionen. Detta kommer även att leda till en låsning av marknaden till följd av att kapacitetsavtal med lång löptid tilldelas producenterna vid dessa auktioner.

231 I detta hänseende ska det för det första konstateras att den omtvistade åtgärden inte utesluter operatörer på efterfrågesidan från varaktiga T-4-och T-1-auktioner, förutsatt att de uppfyller villkoren för deltagande.

232 För det andra kan det, i motsats till vad Tempus gjort gällande, konstateras att det inte föreligger något faktiskt ömsesidigt uteslutande mellan deltagandet i övergångsauktioner och deltagandet i varaktiga auktioner. Operatörerna på efterfrågesidan vars anbud inte antagits i den första T-4-auktionen behåller möjligheten att delta i övergångsauktioner. Dessutom behåller operatörer på efterfrågesidan

som vunnit framgång med sitt anbud i övergångsauktioner möjligheten att i ett senare skede delta i varaktiga T-4- och T-1-auktioner. Den omtvistade åtgärden tvingar således inte operatörerna på efterfrågesidan att välja mellan att delta i övergångsauktioner eller i varaktiga auktioner.

233 Operatörer på efterfrågesidan som ingått ett kapacitetsavtal efter den första T-4-auktionen har visserligen inte rätt att delta i övergångsauktioner. I motsats till vad Tempus har gjort gällande innebär denna begränsning emellertid inte att operatörer på efterfrågesidan utesluts från den första T-4-auktionen. Syftet med övergångsauktionen är endast att hjälpa operatörer på efterfrågesidan som ännu inte är tillräckligt mogna för att med framgång delta i de första varaktiga auktionerna att utveckla sig genom att ge dem ytterligare en möjlighet att motta betalning för kapacitet från 2015 och 2016 och bli mer konkurrenskraftiga under kommande varaktiga auktioner. I detta fall utesluter inte den omständigheten att sektorn för efterfrågestyrning ännu är i sin linda, såsom kommissionen med rätta har gjort gällande, att vissa operatörer på efterfrågesidan redan har uppnått en mognadsgrad som är tillräcklig för att på ett konkurrensmässigt sätt delta i varaktiga auktioner från och med den första T-4-auktionen.

234 Vad för det tredje beträffar risken för låsning av marknaden på grund av att operatörerna på efterfrågesidan i mindre utsträckning deltar i den första T-4-auktionen och att producenter därefter tilldelas alltför många kapacitetsavtal med lång löptid, kommer detta argument att prövas tillsammans med dem som rör samspelet mellan T-4- och T-1-auktionerna. Risken för låsning av marknaden som Tempus anfört förutsätter nämligen att den mängd kapacitet som reserverats för T-1-auktionen inte gör det möjligt att utveckla efterfrågestyrningen.

235 Det kan konstateras att samspelet mellan övergångsauktioner och varaktiga auktioner inte leder till att operatörer på efterfrågesidan utesluts från varaktiga auktioner.

236 Det bör emellertid också påpekats att övergångsauktioner per definition inte ingår i det varaktiga systemet. I motsats till vad kommissionen har anfört i skäl 51 i det angripna beslutet, framgår dessutom av handlingarna i målet att nämnda övergångsauktioner inte är reserverade för operatörer på efterfrågesidan, utan även är öppna för små produktionsenheter (artikel 29 i 2014 års förordning om elektrisk kapacitet). Under dessa omständigheter är det även nödvändigt att undersöka om de varaktiga auktionerna på ett lämpligt sätt stimulerar operatörerna på efterfrågesidan.

ii) T-1-auktioner och deras samspel med T-4-auktioner

237 Tempus har i huvudsak gjort gällande att varaktiga auktioner inte på lämpligt sätt stimulerar operatörer på efterfrågesidan, för det första eftersom T-4-auktioner inte är anpassade till efterfrågesidans tidsfrister för genomförande (lead-time) och, för det andra eftersom den mängd kapacitet som reserveras för T-1-auktioner är begränsad.

238 I detta avseende ska det framför allt konstateras att T-1-auktioner är särskilt viktiga för operatörer på efterfrågesidan.

239 Det är ostridigt mellan parterna att T-1-auktioner kan vara bättre ägnade för operatörer på efterfrågesidan än T-4-auktioner på grund av efterfrågesidans tidsfrister för genomförande. Av det angripna beslutet framgår att T-1-auktioner ger operatörer på efterfrågesidan ”bättre möjlighet till marknadstillträde” (skäl 46 i det angripna beslutet). Tempus har dessutom i ansökan anfört att det kan vara svårt för operatörer på efterfrågesidan att delta i T-4-auktioner, eftersom dessa auktioner kräver att anbud lämnas och investeringar görs omedelbart för att tillhandahålla kapacitet fyra år senare och att betalning erhålls först fyra år senare (ansökan punkt 75).

240 Den kapacitetsmängd som reserverats för T-1-auktioner beräknas dessutom inom ramen för den omtvistade åtgärden på grundval av en uppskattning av den lönsamma efterfrågestyrning som skulle kunna delta i dessa auktioner (skäl 45 i det angripna beslutet).

241 För det första ska det emellertid konstateras att den mängd kapacitet som reserverats för T-1-auktioner är begränsad i förhållande till den kapacitetsmängd som auktioneras ut på T-4-auktioner. Vidare är T-1-auktionerna inte på något sätt reserverade för operatörerna på efterfrågesidan och en del av den kapacitetsmängd som auktioneras ut på T-1-auktioner kan således tilldelas andra kapacitetsleverantörer än operatörer på efterfrågesidan.

242 För det andra framgår av handlingarna i målet, tvärtemot vad kommissionen anfört i skäl 46 i det angripna beslutet, att det inte finns någon garant för att Förenade kungariket anordnar T-1-auktioner om T-4-auktioner anordnas eller att denna medlemsstat på så sätt anskaffar minst 50 procent av den mängd som ursprungligen reserverats för T-1-auktioner. Även om det i artikel 7.4 b jämförd med artiklarna 10 och 26 i 2014 års förordning om elektrisk kapacitet föreskrivs att ministern kan besluta att inte anordna T-1-auktioner anges i förordningen inte något om skyldigheten att i vart fall auktionera ut 50 procent av den kapacitetsmängd som ursprungligen reserverats för sådana auktioner. Vid förhandlingen har företrädare för kommissionen och Förenade kungariket, som svar på tribunalens frågor, inte heller kunnat ange den rättsliga bestämmelse som bekräftar förekomsten av en sådan garanti, utöver Förenade kungarikets politiska förklaringar.

243 Mot bakgrund av vad som anförts ovan kan slutsatsen dras att kommissionen, trots att ett anordnande av T-1-auktioner faktiskt kan främja utvecklingen av efterfrågestyrning, borde ha hyst tvivel beträffande omfattningen av denna stimulanseffekt i förevarande fall mot bakgrund av den begränsade mängd kapacitet som reserverats för T-1-auktioner och avsaknaden av en uttrycklig rättslig bestämmelse som bekräftar Förenade kungarikets garanti om att i vart fall förvärva 50 procent av den mängd som reserverats för dessa auktioner.

iii) Villkoren för deltagande i varaktiga auktioner

244 Tempus har i huvudsak gjort gällande att villkoren för deltagande i varaktiga auktioner inte gör det möjligt att på lämpligt sätt stimulera operatörer på efterfrågesidan. Tempus anser att det mot bakgrund av vissa villkor för deltagande i praktiken är föga troligt att nämnda operatörer kan delta i T-4-auktioner. Tempus har i synnerhet åberopat att det inte var möjligt för dessa operatörer att lämna anbud på förpliktelser som täcker tidsbegränsade händelser som inverkar på kapaciteten och storleken på anbudsgarantin.

245 Tempus har för det första vad gäller varaktigheten av de händelser som inverkar på kapaciteten gjort gällande att den omtvistade åtgärden innebär en diskriminering av operatörer på efterfrågesidan genom att behandla alla som deltar i varaktiga auktioner lika och genom att förplikta alla, även nämnda operatörer, att lämna anbud för tidsobegränsade händelser som inverkar på kapaciteten.

246 I detta sammanhang har Förenade kungariket, såsom Tempus har framhållit, valt att inom ramen för det varaktiga systemet införa kravet att alla operatörer ska kunna täcka tidsobegränsade händelser som inverkar på kapaciteten. När det däremot gäller övergångsauktioner möjliggör artikel 29.3 i 2014 års förordning om elektrisk kapacitet för operatörer på efterfrågesidan att välja att lämna anbud för en förpliktelse som täcker händelser som inverkar på kapaciteten, som antingen är begränsade eller tidsobegränsade. Dessutom har operatörer på efterfrågesidan, såsom Förenade kungariket har medgett i sina inlagor till tribunalen, bättre kunskaper om tidsbegränsade förpliktelser och kan vid sådana förpliktelser exakt bedöma den risk som de är utsatta för och därmed ge mer precisa anbud inom ramen för det varaktiga systemet.

247 Kommissionen har emellertid med rätta anfört att anbud som är begränsade till att täcka tidsbegränsade händelser som inverkar på kapaciteten säkerställer en lägre nivå av försörjningstrygghet jämfört med anbud som täcker tidsobegränsade händelser som inverkar på kapaciteten och därför inte lika lätt möjliggör att uppnå önskad nivå av försörjningstrygghet. Det förhållandet att alla kapacitetsleverantörer åläggs att täcka tidsobegränsade händelser som inverkar på kapaciteten, varvid ansvaret för risken att skyldigheten inte fullgörs vid mer långvariga händelser som inverkar på kapaciteten läggs på operatörer på efterfrågesidan, kan således inte föranleda tveksamhet i fråga om den omtvistade åtgärdens förenlighet, förutsatt att åtgärden tar hänsyn till finansieringsbehoven som är specifika för varje teknik för att möjliggöra för alla kapacitetsleverantörer att faktiskt delta på kapacitetsmarknaden. Såsom angetts i punkterna 182–192 ovan, förefaller det emellertid inte som om kommissionen har försökt att kontrollera om den omtvistade åtgärden tog hänsyn till finansieringsbehoven hos operatörerna på efterfrågesidan.

248 Tempus har för det andra vad gäller anbudsgarantin gjort gällande att den omständigheten att alla aktörer på kapacitetsmarknaden har underkastats samma krav på anbudsgaranti kan göra det problematiskt för operatörer på efterfrågesidan att komma in på marknaden, eftersom sektorn för efterfrågestyrning ännu är i sin linda.

249 I detta hänseende kan det för det första konstateras att Förenade kungariket har medgett att anbudsgarantin kunde utgöra ett hinder för inträde för nya operatörer på efterfrågesidan. Av handlingarna i målet framgår att Förenade kungariket ursprungligen avsåg att minska storleken på anbudsgarantin för kapacitetsmarknadsenheter för efterfrågestyrning som inte bekräftats för att förhindra att denna anbudsgaranti utgör hinder för inträde för nya operatörer på efterfrågesidan (punkt 565 i projektet avseende kapacitetsmarknaden som var föremål för offentligt samråd). Under det offentliga samrådet förklarade även vissa operatörer på efterfrågesidan att storleken på anbudsgarantin utgjorde ett hinder för inträde för nya operatörer på efterfrågesidan. Storleken på anbudsgarantin kunde i än högre grad utgöra ett hinder för inträde för nya operatörer på efterfrågesidan eftersom alla deltagare på kapacitetsmarknaden måste åta sig att täcka obegränsade händelser som inverkar på kapaciteten, medan operatörer på efterfrågesidan kan ha större svårigheter än producenterna att täcka en mer långvarig händelse som inverkar på kapaciteten. Eftersom risken finns att det uppfattas som mer sannolikt att operatörer på efterfrågesidan inte kommer att fullgöra sina skyldigheter, kan det därför bli svårare för dem att finansiera anbudsgarantin.

250 För det andra ska det påpekas att Förenade kungariket, till följd av de synpunkter som producenterna och distributörerna framförde som svar på det offentliga samrådet, beslutade att inom ramen för den omtvistade åtgärden anpassa det anbudsgarantibelopp som ålagts kapacitetsmarknadsenheter som inte bekräftats till det belopp som begärs av nya kapacitetsmarknadsenheter för produktion som ännu inte är operativa. Den omtvistade åtgärden är således mindre fördelaktig för operatörer på efterfrågesidan än det system som inledningsvis planerades för att bemöta de finansieringssvårigheter som dessa operatörer hade.

251 Det kan emellertid, såsom kommissionen har framhållit i sitt svaromål, konstateras att medan Förenade kungariket ursprungligen planerade att hela anbudsgarantin skulle förverkas vid utebliven leverans, föreskrivs inom ramen för den omtvistade åtgärden att anbudsgarantin hädanefter enbart kommer att förverkas i proportion till den mängd kapacitet som inte har levererats av operatörerna på efterfrågesidan, förutsatt att dessa tillhandahåller minst 90 procent av den kapacitetsmängd som de har åtagit sig att tillhandahålla. Den omtvistade åtgärden omfattar därför en åtgärd som särskilt syftar till att kompensera operatörer på efterfrågesidan för förlusten av den fördel som ett nedsatt anbudsgarantibelopp utgjorde, efter ändringen som innebar att det anbudsgarantibelopp som föreskrivs för obekräftade kapacitetsmarknadsenheter för efterfrågestyrning är samma belopp som föreskrivs för nya kapacitetsmarknadsenheter för produktion.

252 Mot bakgrund av det mål som eftersträvas med införandet av en anbudsgaranti, räcker det inte i sig att anpassa anbudsgarantibeloppet för kapacitetsmarknadsenheter för efterfrågestyrning som inte har bekräftats till det belopp som föreskrivs för nya kapacitetsmarknadsenheter för produktion för att föranleda tveksamhet om den omtvistade åtgärdens förenlighet, under förutsättning att åtgärden tar hänsyn till de finansieringsbehov som är specifika för varje teknik för att göra det möjligt för alla kapacitetsleverantörer att faktiskt delta på kapacitetsmarknaden. Såsom angetts i punkterna 182–192 ovan, förefaller det emellertid inte som om kommissionen har försökt att kontrollera om den omtvistade åtgärden tog hänsyn till finansieringsbehoven hos operatörerna på efterfrågesidan.

253 Tempus har för det tredje som svar på de argument som kommissionen framfört i svaromålet, gjort gällande att fastställandet av ett lägsta tröskelvärde för deltagande på 2 MW utgör ett hinder för operatörer på efterfrågesidan att delta i kapacitetsmarknaden.

254 Det ska inledningsvis konstateras att Tempus argument vad gäller detta tröskelvärde anknyter till argumentationen i ansökan rörande den diskriminerande eller ofördelaktiga behandlingen av operatörer på efterfrågesidan på kapacitetsmarknaden, såsom Tempus anfört vid förhandlingen. Dessutom har detta argument framförts som svar på kommissionens påståenden i svaromålet inom ramen för vilket den hävdade att nämnda tröskelvärde var lågt och fördelaktigt för efterfrågestyrningen. I förevarande fall har således argumentet i fråga inte enbart ett nära samband med ansökan, utan utgör även en normal utveckling av diskussionen inom ramen för en tvist (se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 november 2013, Groupe Gascogne/kommissionen, C-58/12 P, EU:C:2013:770, punkt 31). I motsats till vad kommissionen har gjort gällande ska detta argument således anses utgöra en utvidgning av en invändning som framställts i ansökan.

255 Det ska vidare konstateras det lägsta tröskelvärdet för deltagande på 2 MW har uppgetts vara lågt i anmälan mot bakgrund av det tröskelvärde för deltagande som antagits av National Grid inom ramen för andra åtgärder och därmed som en av de åtgärder som gör det möjligt att uppmuntra operatörer på efterfrågemarknaden att delta i kapacitetsmarknaden (punkt 224 i anmälan).

256 Det ska emellertid för det första påpekas att tröskelvärdet för deltagande i PJM-kapacitetsmarknaden enbart var 100 kW, det vill säga 20 gånger lägre än det tröskelvärde som antogs inom ramen för den omtvistade åtgärden. PJM-kapacitetmarknaden har uttryckligen använts som referens av Förenade kungariket i anmälan till stöd för dess påstående att den omtvistade åtgärden möjliggör en utveckling av sektorn för efterfrågestyrning (punkt 221 i anmälan).

257 För det andra ska det påpekas att även om det stämmer att operatörer på efterfrågesidan faktiskt har möjlighet att förena flera anläggningar för att uppnå det lägsta tröskelvärdet på 2 MW, var de tvungna att lämna anbudsgarantin för hela detta värde på 2 MW, även om enbart en del av denna mängd, om än minimal, består av efterfrågan som inte har bekräftats. Av de skäl som angetts ovan i punkterna 249–252, kan anbudsgarantibeloppet utgöra ett hinder för inträde för nya operatörer på efterfrågesidan.

258 Kommissionen borde därför ha hyst tvivel i fråga om påståendet att fastställandet av det lägsta tröskelvärdet för deltagande på 2 MW utgjorde en åtgärd som gynnar utvecklingen av efterfrågestyrning.

iv) Slutsats

259 Av det ovan anförda följer att samspelet mellan T-4-och T-1-auktioner samt vissa villkor för deltagande av operatörer på efterfrågesidan i kapacitetsmarknaden borde ha föranlett kommissionen att hysa tvivel dels beträffande den omtvistade åtgärdens förmåga att uppnå de mål som fastställs av

Förenade kungariket för att främja utvecklingen av efterfrågestyrning, dels beträffande dess förenlighet med kraven i riktlinjerna att på lämpligt sätt stimulera operatörerna på efterfrågesidan, och följaktligen vad gäller den omtvistade åtgärdens förenlighet med den inre marknaden.

f) Avsaknad av ytterligare ersättning för operatörer på efterfrågesidan vid begränsning av förlusterna i samband med överföring och distribution av el

260 Tempus har gjort gällande att den omtvistade åtgärden föranleder tveksamhet i fråga om dess förenlighet med den inre marknaden, eftersom den inte säkerställer att operatörerna på efterfrågesidan får ersättning för att begränsa förlusterna vid överföring och distribution av el. Enligt Tempus minskar den kapacitet som tillhandahålls av operatörer på efterfrågesidan inte bara den totala mängden kapacitet som krävs och som är i omlopp på kapacitetsmarknaden, utan också den kapacitetsmängd som går förlorad vid överföring och distribution av el med ungefär 7 till 8 procent. Tempus anser att de besparingar som därmed görs bör beaktas i ersättningen för operatörer på efterfrågesidan för att stimulera en förbättring av nätverkets effektivitet.

261 Kommissionen har, med stöd av Förenade kungariket, gjort gällande att frågan om avsaknaden av ytterligare ersättning för begränsningar av förluster vid överföring och distribution av el har analyserats i anmälan och har granskats i det angripna beslutet. Kommissionen har således godtagit förklaringen från Förenade kungarikets regering att kapacitetsmarknaden endast syftar till att säkerställa att det finns tillräcklig kapacitet i nätet, och inte till att belöna alla andra fördelar som varje typ av teknik ger.

262 Tempus har i huvudsak gjort gällande att den omtvistade åtgärden föranleder tveksamhet i fråga om dess förenlighet med den inre marknaden, eftersom den inte säkerställer att operatörer på efterfrågesidan får ersättning för begränsningen av förluster vid överföring och distribution av el.

263 Kommissionen konstaterade i det angripna beslutet att den omtvistade åtgärden endast säkerställer ersättning för tillhandahållande av en viss mängd kapacitet, varvid alla andra tjänster, till exempel leverans av el utesluts (skäl 132 i det angripna beslutet). Kommissionen anförde därefter att avsaknaden av ytterligare ersättning för begränsningar av förluster vid överföring och distribution av el var motiverad mot bakgrund av det mål som eftersträvas med den åtgärden, nämligen att säkerställa tillräcklig kapacitet för att uppnå önskad nivå av försörjningstrygghet (skäl 140 i det angripna beslutet).

264 I detta avseende bör det påpekas att den omtvistade åtgärden består i att upprätta en kapacitetsmarknad för att lösa problemet med produktionskapacitetens tillräcklighet i Förenade kungariket.

265 I riktlinjerna föreskrivs uttryckligen att lämpligheten av de stödåtgärder som det rör sig om i förevarande mål är beroende av om ”[s]töd … endast [ska] beviljas som en ren ersättning för den tillgänglighet som tillhandahålls av producenten, det vill säga åtagandet att vara tillgänglig för att leverera el och motsvarande kompensation för detta, till exempel i form av en ersättning per MW kapacitet som tillhandahålls” och att det ”inte [får] omfatta ersättning för försäljning av el, det vill säga ersättning per såld MWh”.

266 Mot bakgrund av dessa överväganden kan det konstateras att avsaknaden av ytterligare ersättning för begränsningar av förluster vid överföring och distribution av el inte gav upphov till tveksamhet i den mening som avses i artikel 4.3 och 4.4 i förordning nr 659/1999, vilket borde ha föranlett kommissionen att inleda det formella granskningsförfarande som avses i artikel 108.2 FEUF. Tempus argument på denna punkt ska således underkännas.

g) Slutsats

267 Av prövningen av den första grunden framgår att det föreligger en rad objektiva och samstämmiga indicier, dels avseende längden på och omständigheterna kring föranmälningsfasen, dels avseende det ofullständiga och otillräckliga innehållet i det angripna beslutet, eftersom det saknas lämpliga utredningar från kommissionens sida vad gäller vissa aspekter av kapacitetsmarknaden, vilket visar att kommissionen antog det angripna beslutet trots att det förelåg tveksamhet. Utan att det är nödvändigt att pröva de övriga argument som Tempus har framfört kan det konstateras att bedömningen av den anmälda åtgärdens förenlighet med den inre marknaden gav upphov till tveksamhet i den mening som avses i artikel 4 i förordning nr 659/1999, vilket borde ha föranlett kommissionen att inleda det förfarande som anges i artikel 108.2 FEUF.

268 Det angripna beslutet ska därför ogiltigförklaras.

2. Den andra grunden: Bristfällig motivering

269 Mot bakgrund av att det angripna beslutet ogiltigförklaras, vilket är nödvändigt med avseende på den första grunden, är det inte nödvändigt att pröva den andra grunden.

Rättegångskostnader

270 Enligt artikel 134.1 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Tempus Energy Ltd och Tempus Energy Technology Ltd har yrkat att kommissionen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Kommissionen har tappat målet och ska därför bära sina rättegångskostnader och ersätta de kostnader som uppkommit för Tempus Energy Ltd och Tempus Energy Technology Ltd

271 Enligt artikel 138.1 i rättegångsreglerna ska de medlemsstater som har intervenerat bära sina rättegångskostnader. Förenade kungariket ska följaktligen bära sina rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (tredje avdelningen i utökad sammansättning)

följande:

1) Kommissionens beslut C(2014) 5083 final av den 23 juli 2014 om att inte göra några invändningar mot stödsystemet avseende kapacitetsmarknaden i Förenade kungariket, med anledning av att nämnda system är förenligt med den inre marknaden, enligt artikel 107.3 c FEUF (statligt stöd 2014/N-2), ogiltigförklaras.

2) Europeiska kommissionen ska bära sina rättegångskostnader och ersätta de kostnader som uppkommit för Tempus Energy Ltd och Tempus Energy Technology Ltd

3) Förenade kungariket ska bära sina rättegångskostnader.

Frimodt Nielsen Kreuschitz Forrester

Półtorak Perillo

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 15 november 2018.

Underskrifter

Innehållsförteckning

I. Bakgrund till tvisten ... 2

A. Sökandena och föremålet för tvisten ... 2

B. Den omtvistade åtgärden ... 2

C. De tillämpliga bestämmelserna i riktlinjerna ... 5

D. Det angripna beslutet ... 6

II. Förfarandet och parternas yrkanden ... 8

III. Rättslig bedömning ... 10

A. Upptagande till sakprövning ... 10

B. Prövning i sak ... 10

1. Den första grunden: åsidosättande av artikel 108.2 FEUF, åsidosättande av principerna om icke-diskriminering, proportionalitet och skydd för berättigade förväntningar samt felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna ... 10

a) Inledande synpunkter ... 10

b) Begreppet tveksamheter och kommissionens beslut att inleda det formella granskningsförfarandet eller ej ... 11

c) Varaktigheten av diskussionerna mellan medlemsstaten och kommissionen och omständigheterna kring antagandet av det angripna beslutet ... 14

d) Kommissionens bedömning under den preliminära granskningen av efterfrågestyrningens roll på kapacitetsmarknaden mot bakgrund av de tillgängliga uppgifterna ... 20

1) Likvärdighet och intresset av produktion och efterfrågestyrning ... 21

2) Efterfrågestyrningens positiva roll ... 23

3) Tillgängliga uppgifter om efterfrågestyrningens potential ... 24

e) Antagandet om diskriminerande eller ofördelaktig behandling av efterfrågestyrningen på kapacitetsmarknaden ... 30

1) Kapacitetsavtalens löptid ... 30

2) Metoden för kostnadstäckning ... 36

3) Villkoren för deltagande på kapacitetsmarknaden ... 39

i) Övergångsauktioner ... 41

ii) T-1-auktioner och deras samspel med T-4-auktioner 42

iii) Villkoren för deltagande i varaktiga auktioner 43

iv) Slutsats 45

f) Avsaknad av ytterligare ersättning för operatörer på efterfrågesidan vid begränsning av förlusterna i samband med överföring och distribution av el 46

g) Slutsats 47

2. Den andra grunden: Bristfällig motivering 47

Rättegångskostnader 47